



# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 1 | n. 1 | janeiro/abril 2014 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral

Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | [www.ninc.com.br](http://www.ninc.com.br)



## Uma ideia de Constituição \*

### *An idea of Constitution*

**EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR\*\***

Universidade Federal de Pernambuco (Brasil)  
edilsonnobre@trf5.jus.br

**Recebido/Received:** 14.04.2014 / April 14<sup>th</sup>, 2014

**Aprovado/Approved:** 30.04.2014 / April 30<sup>th</sup>, 2014

#### **Resumo**

O presente artigo objetiva traçar aquilo que, nos dias atuais, pode ser tido como conceito de constituição, partindo-se de uma retrospectiva até chegar no que vem, atualmente, sendo denominado Estado constitucional, onde aquela incorpora densidade valorativa tal que a autoriza a se qualificar como a ordem jurídica fundamental da coletividade.

**Palavras-chaves:** Constitucionalismo; constituição; estado constitucional

#### **Abstract**

*This article intends to delineate what, nowadays, can be known as a concept of constitution, starting from a retrospective until it reaches what is currently been called constitutional State, where the constitution incorporates evaluative density, such that authorizes it to qualify itself as the fundamental law of society.*

**Keywords:** Constitutionalism; constitution; constitutional state

---

Como citar este artigo | How to cite this article: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40251>

\* Este escrito é o primeiro de uma série de quatro, todos contendo um mesmo liame lógico, os quais são hábeis, uma vez integrados num conjunto, para dar lugar a um livro. As funções de magistrado – que, a despeito da incompreensão da sociedade, são as mais exigentes em dedicação dentre as demais atividades jurídicas, sem que estas percam o seu relevo, – impossibilitaram-me de escrever o trabalho pretendido de uma só assentada, o que se agravou com o exercício da Vice-Presidência do Tribunal Regional Federal da Quinta Região, em virtude da qual me foi atribuído o múnus de examinar a admissibilidade de milhares de recursos extraordinários e especiais. Segue, então, o capítulo inicial, à esperança que, nos dias vindouros, o tempo seja compreensivo e me permita integralizar o trabalho, dedicado ao exame do relacionamento entre a jurisdição constitucional e o legislador.

\*\* Professor da Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco (UFPE – Recife-PE). Doutor e Mestre em Direito Público pela UFPR. Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Segundo ocupante da Cadeira Dezesesseis da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte.

## SUMÁRIO

1. À busca de um conceito. 2. A constituição no correr do tempo. 3. A constituição do Estado constitucional. 4. A matéria constitucional. 5. Algumas conclusões. 6. Referências.

### 1. À BUSCA DE UM CONCEITO

Um dos desafios mais instigantes e, ao mesmo tempo, penosos, da ciência jurídica – e que é reflexo dos mistérios que envolvem a verdade científica – é a procura da definição de seus institutos. Essa circunstância se faz presente, com intensidade, quando a tarefa é a de buscar uma compreensão do que seja constituição.

A problemática se põe seja pela pluralidade semântica que o vocábulo “constituição” faz evocar, ou, ainda, pela existência, no plano do tecnicismo jurídico, de inúmeras definições que, na sua maioria, portam, não obstante as suas diferenças, elementos comuns.

Essa preocupação não passou despercebida por García-Pelayo<sup>1</sup>, ao afirmar que o conceito de constituição é um daqueles a oferecer uma maior pluralidade de formulações, o que acontece por dois motivos. Inicialmente, aponta o autor a circunstância dos conceitos jurídico-políticos, em sua maioria, serem conceitos polêmicos, por referirem-se à substância da existência política de um povo. Noutro passo, há uma razão de ordem objetiva, consistente no fato de a constituição formar um liame entre diversas esferas da vida humana, nas quais se inter-relacionam setores da realidade política, jurídica, sociológica, entre outros.

A dificuldade em se conceituar o que venha a ser a constituição fez com que a doutrina se lançasse a sistematizar as mais diversas definições. Talvez seja possível atribuir-se um pioneirismo a Carl Schmitt<sup>2</sup>, cujo relevo de sua lição é demonstrado pela sua atualidade incontestável.

Delineia aquele uma significação absoluta e outra relativa de constituição. A primeira delas, no entender do autor, permite abrigar quatro sentidos, a saber: a) a maneira concreta de ser de qualquer unidade política (um Estado particular e concreto); b) a forma especial de domínio que afeta cada Estado, ou seja, a constituição é identificada com a forma de governo; c) o princípio do futuro dinâmico da unidade política, isto é, o fenômeno da contínua renovação da unidade política; d) a regulação legal fundamental, ou seja, o sistema de normas últimas e supremas (Constituição como norma das normas), concepção que parece ter alcançado uma maior aceitação doutrinária.

<sup>1</sup> **Derecho constitucional comparado.** Madri: Alianza Editorial, 1993, p. 33.

<sup>2</sup> **Teoría de la constitución.** Madri: Alianza Editorial, 1982, p. 36-40 e 45.

Noutro pórtico, é cogitado o sentido relativo ou formal, consistente numa lei fundamental determinada. Desprende-se, assim, de todo e qualquer critério objetivo e de conteúdo. Afiguram-se indiferentes quais os temas disciplinados pelo seu texto<sup>3</sup>.

Volvendo-se a García-Pelayo<sup>4</sup>, é encontradiço o desenvolvimento de três concepções distintas. Uma delas é a concepção racional normativa, a visualizar a constituição como um sistema de normas que disciplina de forma total e exaustiva as funções fundamentais do Estado, regulando os seus órgãos, o âmbito de suas competências e as relações entre eles. É dele característico a consideração da constituição unicamente como a constituição expressa juridicamente e de forma escrita, operando como garantia de racionalidade frente à irracionalidade dos costumes. Aproxima-se do conceito formal de constituição.

Em seguida, traz o autor o conceito histórico tradicional, a preconizar que a constituição de um povo não se qualifica como um produto da razão, mas sim uma estrutura que resulta duma lenta transformação histórica. Daí que aquela não é a resultante de um ato único e total, mas, diversa e assiduamente, de atos parciais que são o reflexo de situações concretas, bem assim de usos e costumes de lenta formação. Por isso, afigura-se cristalino que a constituição não necessita revestir-se da forma escrita integralmente, não se podendo obscurecer o costume, o qual deve ostentar a mesma qualidade que lhe corresponde na teoria do Direito elaborada sob as bases historicistas<sup>5</sup>.

Numa terceira ordem, traz o autor o conceito sociológico, o qual, apartando-se das concepções racional e histórica, louva-se nas seguintes constatações: a) a constituição é preferencialmente uma forma de ser e não de dever ser; b) a constituição não é produto do passado, mas imanência de situações e estruturas sociais do presente; c) a

<sup>3</sup> Isso é perceptível através da seguinte parcela do texto do autor: "Para este conceito <<formal>> é indiferente que a lei constitucional regule a organização da vontade estatal ou tenha qualquer outro conteúdo. Já não se perguntará por que uma prescrição legal-constitucional necessita ser <<fundamental>> (grundlegend). Este modo de consideração relativizadora, chamada formal, faz indistinto tudo o que está numa <<Constituição>>; igual, é dizer, igualmente relativo" (Para este concepto <<formal>> es indiferente que la ley constitucional regule la organización de la voluntad estatal o tenga cualquier otro contenido. Ya no se preguntará por qué una prescripción legal-constitucional necesita ser <<fundamental>> (grundlegend). Este modo de consideración relativizadora, llamada formal, hace indistinto todo lo que está en una <<Constitución>>; igual, es decir, igualmente relativo. Loc. cit., p. 45).

<sup>4</sup> **Derecho constitucional comparado.** Madri: Alianza Editorial, 1993, p. 34-53.

<sup>5</sup> Recentemente, do paralelo entre história e constituição se ocupou Gustavo Zagrebelsky (**Historia y constitución**. 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2011, p. 90. Tradução e prólogo de Miguel Carbonell), para quem a interpretação de uma constituição informada por princípios representa um ato que relaciona um passado constitucional que se assumiu como valor e um futuro que se apresenta como um problema a ser solucionado numa relação de continuidade. Durante a tentativa de desenvolver o seu remate, bem assinalou o autor: "As constituições de nosso tempo observam o futuro tendo firme o passado, é dizer, o patrimônio de experiência histórico-constitucional que querem salvaguardar e enriquecer" (Las constituciones de nuestro tiempo miran al futuro teniendo firme el pasado, es decir, el patrimonio de experiencia histórico-constitucional que quieren salvaguardar y enriquecer". Loc. cit., p. 91).

constituição não se apoia numa norma transcendente, revelando que a sociedade tem a sua própria “legalidade”, refratária à pura normatividade e impossível de ser domada por esta; d) o que deverá possuir relevo é a vigência e não a validade ou a legitimidade.

Singulariza o conceito sociológico a compreensão de que a estrutura política real de um povo não é definida pelas regras normativas, sendo, ao invés, expressão de uma infraestrutura social. Dessa maneira, se as normas escritas se pretendam vigentes, terão de se amoldar à sistematização da realidade social que lhes subjaz<sup>6</sup>.

Presentes essas diversas concepções, passaremos a enumerar algumas tentativas de definição.

Assim, enfocando o seu componente revolucionário, resultante do movimento constitucionalista, o qual teve como finalidade o rompimento com o passado do absolutismo monárquico, tem-se Jorge de Miranda<sup>7</sup>, que, às voltas com a questão em escrito anterior à Constituição da República Portuguesa de 1976, aponta a constituição como um diploma normativo que vai além do seu traço de dotar um povo duma organização, a revelar a saliência do seu papel de garantia em favor dos cidadãos, pois, somente assim, ter-se-á como possível a limitação do poder<sup>8</sup>.

Esse modo de ver, de feição restritiva, justamente porque inicial, inspira-se no constitucionalismo liberal, que gravitou em torno do art. 16º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, ao enunciar: “Toda sociedade, na qual não se assegure a garantia dos direitos nem se determine a separação de poderes, não tem Constituição”.

Permeia-se, assim, a fusão do elemento formal, consistente na presença de documento escrito, com um campo de disciplina material bastante reduzido, balizado pelo regramento da atuação dos diversos segmentos estatais e a enunciação dum elenco não extenso de direitos fundamentais, notadamente de natureza civil e política<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Dentre os diversos adeptos, restou bastante difundida e, até mesmo, popularizada, a esse respeito, a opinião de Ferdinand Lassale. Este, em trabalho bastante conhecido (*Qué es una Constitución?* Barcelona: Ariel, 2012, p. 98 e 100. Tradução de Wenceslao Roces), enfatizou que os problemas constitucionais, antes de constituírem problemas jurídicos, constituem problemas de poder, de modo que a verdadeira constituição de um país reside nos fatores reais e efetivos de poder que regem predominantes naquele. Assim, a constituição, quando não se ajusta à realidade dos fatores de poder, não passará duma folha de papel.

<sup>7</sup> **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade.** Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 33. O trabalho foi escrito durante os anos de 1965 a 1967.

<sup>8</sup> Incisivo quanto ao realce à nota garantidora da Constituição, pronunciou-se o autor: “O Estado Constitucional é o que entrega à Constituição o prosseguir a salvaguarda da liberdade e dos direitos dos cidadãos, depositando as virtualidades de melhoramentos na observância dos preceitos que sejam alçados a um plano hierarquicamente superior. A Constituição é a primeira garantia dos direitos individuais” (*loc. cit.*, p. 33).

<sup>9</sup> A tentativa de confinar a matéria constitucional à definição da atuação dos órgãos estatais, acrescida da afirmação de direitos civis e políticos, foi uma constante do constitucionalismo vivenciado até o final do século XIX. Basta ver o art. 178 da nossa Constituição Imperial, o qual dispunha: “É só Constitucional o que diz respeito aos limites, e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos, e individuais dos Cidadãos. Tudo, o que não é Constitucional, póde ser alterado sem as formalidades referidas, pelas Legislaturas

Outro conceito, exposto numa maior amplitude, é o formulado por Carlos S. Fayt<sup>10</sup>, ao visualizar, inicialmente, a constituição como a lei primeira, suprema e fundamental da organização política. É primeira porque a constituição inaugura a ordem jurídica duma determinada comunidade, sendo o fundamento de validade das demais normas jurídicas. Disso emana a sua supremacia, a impedir a subsistência dos atos, normativos ou não, que colidam com os seus mandamentos.

Segundo o autor, a constituição, na sua composição, apresenta três elementos essenciais, a saber: a) os direitos individuais e sociais e suas defesas diretas e indiretas; b) um governo e sua organização; c) os fins e os meios do governo instituído.

Vai-se aqui além duma organização do poder político, bem como da consagração de direitos que têm por fim a contenção daquele. Notabiliza-se, inicialmente, pelo reconhecimento dum universo maior de direitos dos cidadãos, com reflexo nos campos econômico e social. De outro lado, o seu realce emerge pela indicação de objetivos a serem atingidos pelos governos.

Outras definições merecem destaque, as quais são formuladas mediante a combinação de mais de uma perspectiva conceitual. Uma delas é a de Dalmo de Abreu Dallari, para quem a constituição configura “a declaração da vontade política de um povo, feita de modo solene por meio de uma lei que é superior a todas as outras e que, visando a proteção e promoção da dignidade humana, estabelece os direitos e as responsabilidades fundamentais dos indivíduos, dos grupos sociais, do povo e do governo”<sup>11</sup>.

A definição é bem apreendida a partir da decomposição de seus elementos. O primeiro deles diz respeito à vontade política de um povo, não de um ou alguns indivíduos, ou mesmo duma parte menor ou maior daquele. Cuida-se aqui de expressar o poder de autodeterminação de uma sociedade em sua íntegra.

O modo solene que deve permear a declaração de vontade tendente a estabelecer uma constituição significa que a vontade política do povo há de ser obtida de acordo com formalidades previamente estabelecidas. Com isso, permite-se que o povo, na qualidade de titular do poder constituinte, possa acompanhar o processo de sua elaboração, o que, igualmente, é capaz de fornecer, no futuro, ao seu intérprete elementos para dirimir possíveis dúvidas.

Outra elementar é que a constituição se distingue das demais leis pela sua posição de supremacia, não podendo os seus comandos ser desrespeitados por nenhum ato ou comportamento tendente a produzir efeitos jurídicos, seja ele uma lei, um tratado, uma decisão judicial, ou mesmo um negócio jurídico.

---

ordinárias”. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 19-11-2012. Idêntico, salvo pequenas distinções de ortografia, o art. 144º da Constituição portuguesa de 29 de abril de 1826.

<sup>10</sup> **Derecho político**. 7ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1988. Tomo II, p. 22.

<sup>11</sup> **Constituição & constituinte**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25-36.

A sua finalidade mais relevante – frisa o autor – está na proteção e promoção da dignidade humana, a qual, na qualidade de valor supremo, permite que sejam assegurados as liberdades e os direitos civis, bem como reduzidas as desigualdades sociais e econômicas.

Complementando, compete à constituição estabelecer os direitos e responsabilidades dos indivíduos, grupos sociais e do governo. Aqui o autor se reporta – e com mais intensidade aos grupos sociais – não somente à delimitação dos direitos fundamentais, mas também dos deveres dos destinatários ali referidos.

Opinião que, a esse respeito, não pode ser olvidada é a de Hesse<sup>12</sup>. Após enfatizar que toda e qualquer união que se pretenda duradoura não prescinde de um ordenamento formado e aplicado conforme a vontade de seus membros, e que se caracteriza pela denominação de constituição, o autor indica que esta tem o seu sentido e significado revelado a partir de suas tarefas fundamentais. São elas: a) integração, consistente na formação e a manutenção da unidade política, conciliando as diversas vontades em face da adoção duma sociedade pluralista; b) organização, com normatização da arquitetura do Estado para o cumprimento de suas tarefas; c) direção jurídica, função que deverá ser cumprida não unicamente com relação ao Estado, abrangendo a disciplina jurídica da comunidade, assumindo papel relevante os direitos fundamentais, os quais deverão ser dotados de força vinculante para o ordenamento inteiro, propiciando, assim, a garantia da existência de um sistema jurídico moralmente legítimo.

Ditas tarefas – adverte o autor – são suscetíveis de variação no tempo, o que emana das características que envolvem a essência do interesse público.

Num remate, sugere Hesse que se deva visualizar a constituição como sendo “o plano estrutural básico, orientado por determinados princípios dotados de sentido, para a forma de uma comunidade”<sup>13</sup>.

Noutro escrito<sup>14</sup>, o autor, pretendendo descortinar a mesma essência, optou por definição mais sintética, vislumbrando a constituição como a ordem jurídica da comunidade.

De fato, a constituição, na qualidade de lei básica, não mais se limita à regência dos vínculos entre o Estado e os cidadãos, tendo a regulação legal fundamental paulatinamente se espalhado para fixar as diretrizes das relações da vida coletiva de forma unitária e integral. Tanto é assim que a Constituição de Weimar de 1919, em sua Parte Segunda, continha Título II relacionado à vida social, no qual se encontravam preceitos

<sup>12</sup> Constitución y derecho constitucional. In: **Manual de derecho constitucional**. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 2-6. Tradução de Antonio López Pina.

<sup>13</sup> “el plan estructural básico, orientado por determinados principios dotadores de sentido, para la forma jurídica de una comunidad” (*loc. cit.*, p.5-6).

<sup>14</sup> Conceito e peculiaridade da constituição. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 86. Tradução de versão em espanhol por Inocência Mártires Coelho.

relativos à família (arts. 119 a 122). Mais recente, a Lei Fundamental de Bonn de 1949 também se refere à família (art. 6º) e à religião, aproveitando-se da subsistência de dispositivos da anterior (arts. 137 a 141), e, recentemente, da tutela do meio ambiente (art. 20a). Isso sem contar que trata do livre desenvolvimento da personalidade mediante a consagração da dignidade da pessoa humana (art. 1º) como núcleo que representa o ponto de partida e, ao mesmo tempo, o respaldo dos direitos fundamentais<sup>15</sup>.

Mesmo diante da fragilidade com a qual se reveste a verdade científica, é possível, a partir duma combinação das definições mencionadas, sugerir-se o seguinte: trata-se a constituição da lei primeira, fundamental. Mas não é só. Visa à disciplina da vida não somente do Estado, mas da comunidade, o que haverá de realizar mediante as tarefas de integração, de organização e de direção jurídica. Com isso, compete-lhe estatuir os direitos dos indivíduos e grupos sociais seja no campo civil e político como, igualmente, no econômico, social e cultural, definindo àqueles também as suas responsabilidades, bem como a determinação das competências e estrutura dos órgãos estatais e correspondente responsabilização.

É preciso não olvidar o fato de que qualquer tentativa de definição do que se deva inferir por constituição não se afigura imutável. Está, sem sombra de dúvidas, sujeita a variações e adaptações de conformidade com os fatores político-culturais predominantes numa determinada sociedade. Assim é que o conceito de constituições oscila diante do tempo e do espaço. Em face do tempo, porque o núcleo das tarefas do diploma constitucional não é estático<sup>16</sup>. Diante das condições espaciais, tendo em vista que não se pode configurar uma mesma noção para textos que vigorem em países com traços políticos, sociais e culturais, inteiramente diversificados.

## 2. A CONSTITUIÇÃO NO CORRER DO TEMPO

O passar do tempo, mais precisamente aquele coincidente com a luta contra o absolutismo monárquico, irrompida em meados do século XVII, com prolongamento no seguinte, trouxe o reconhecimento de que a melhor forma de contenção do poder

<sup>15</sup> A Constituição de 1988 se ocupou, além de prestigiar a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e a constituição duma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) como fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, da disciplina de temas como o meio ambiente (art. 225), a família, a criança, o adolescente, o jovem e o idoso (arts. 226 a 230).

<sup>16</sup> Hesse (Constitución y derecho constitucional. In: **Manual de derecho constitucional**. Madri: Marcial Pons, 1996, p. 10-15. Tradução de Antonio López Pina) deixa esse ponto claro quando, em resposta a novos desafios do constitucionalismo, indigita outras tarefas para a constituição solucionar, quais sejam: a) as atuais tarefas do Estado, de garantir eficazmente a liberdade e, ao mesmo tempo, uma vida digna; b) obrigação da Constituição em elaborar um programa de configuração positiva dos direitos fundamentais, a ser assumido particularmente pelo legislador e a ser posto em prática de conformidade com as possibilidades do momento; c) a manutenção do sistema federal diante de mudanças territoriais, o que se amolda à particularidade da situação alemã após a reunificação; d) a disciplina da repercussão que os processos de abertura dos entes estatais para o exterior, mediante a internacionalização e a europeização, podem acarretar tanto para a vida interna como para a ação do Estado.



seria o estabelecimento de regras num documento ao qual se convencionou denominar constituição<sup>17</sup>.

Todavia, a natureza humana, desde os seus primórdios, sempre revelou que o homem, uma vez exercendo a titularidade do poder, é incapaz de limitar a si próprio, evitando o cometimento de abusos.

Daí ser possível afirmar que, malgrado a inexistência de constituição escrita, a Antiguidade, como nas demais fases da história dos povos, contou com uma forma de expressar uma ordem política.

Karl Loewenstein<sup>18</sup> vislumbrou nos hebreus o pioneirismo na prática do constitucionalismo, manifestado sob forma teocrática, e que possuía como elemento decisivo a singularidade dos detentores do poder – leigos ou sacerdotes –, que, ao invés de ostentarem um poder ilimitado e arbitrário, estavam limitados pela Lei do Senhor, a qual se impunha, de forma igual, a governantes e governados. Aquela, portanto, era a sua constituição material.

Quanto à Idade Antiga, observa Fioravanti<sup>19</sup> que o auge do regime político constitucional se verificou com a experiência democrática das cidades gregas, com destaque para Atenas, a qual, revelando uma aversão ao poder concentrado e arbitrário, caracterizava-se pela existência: a) de uma primazia absoluta de todos os cidadãos atenienses para a tomada das decisões de relevância coletiva; b) do direito de palavra e de proposição dentro da assembleia atribuído a todo cidadão; c) da nomeação dos cargos públicos e das magistraturas, incluindo-se os tribunais, mediante sorteio; d) da igualdade dentre os cidadãos para a assunção dos cargos, incluindo-se os mais elevados; e) da alternância anual dos governantes, os quais não poderiam ser reeleitos; f) da obrigação dos governantes à prestação de contas publicamente.

Esse conjunto de características, que para Aristóteles era a forma de união nominada de *politeia*, revelava, assim, um significado que, num paralelo com a atualidade, talvez pudesse, de forma correta, ser traduzido como constituição.

O modelo não se esgotou nos dois ênios da democracia helênica. Prosseguiu durante a república romana, em cuja organização se fizeram presentes mecanismos de divisão e limitação do poder político<sup>20</sup>, assomando, durante a crise da guerra civil, a

<sup>17</sup> Com essa afirmação, não se quer, de maneira alguma, excluir do universo constitucional as constituições não escritas, formadas ao longo de um processo histórico, como é o caso da Grã-Bretanha. Apenas se enfatiza a constituição escrita porque esta veio a ser o modelo preferencialmente adotado pela quase totalidade dos Estados.

<sup>18</sup> **Teoría de la constitución.** Barcelona: Ariel, 1962, p. 154. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte.

<sup>19</sup> **Constitución de la Antigüedad a nuestros días.** Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 15-31.

<sup>20</sup> Observou Loewenstein (**Teoría de la constitución.** Barcelona: Ariel, 1962, p. 156. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte) que essas limitações se revelavam, inicialmente, mediante controles orgânicos internos, tais como a estrutura colegial das magistraturas altas e superiores, bem como a duração temporal dos cargos e a vedação de recondução. Havia controles orgânicos externos, sendo exemplos a intervenção dos tribunos da plebe e do Senado.

figura de Cícero, ao formular a ideia de *res publica*, a qual não poderia ter por base uma origem unilateral e violenta, mas sim o consenso, a reclamar um empenho coletivo, forte, duradouro e não episódico.

Diante disso, remata Fioravanti<sup>21</sup> que, ao contrário do que é possível supor ao primeiro súbito de olhos, os antigos deixaram como legado uma grande noção, consistente em afirmar que uma comunidade política, mesmo à ausência de normas escritas, possui uma forma ordenada e duradoura, capaz de se concretizar como uma constituição, desde que: a) não esteja dominada por um princípio político que goze de preferência absoluta; b) as partes que a compõem tenham a capacidade de disciplinar-se; c) sua vida real não constitua o mero desenvolvimento das aspirações dos vencedores.

Ao contrário do que se pode supor, o medievo contou com uma experiência constitucional, principalmente a partir do século XI. Para Fioravanti<sup>22</sup>, duas eram as características gerais da constituição medieval. A primeira recaiu numa intrínseca limitação dos poderes públicos, a qual se manifestou não mediante normas gerais e escritas, mas, ao contrário, por uma contenção de fato. Num segundo lugar, ainda estreitamente vinculada à intrínseca restrição dos poderes públicos, tinha-se uma concepção de liames substancialmente indisponíveis aos governantes em face duma determinada ordem jurídica, estruturada sob mil vínculos e convenções.

Observa o autor que, na Idade Média, a concepção de constituição deixa de pertencer ao campo político e moral, para o fim de ingressar no mundo jurídico, a partir da prática social. A constituição medieval consistiu, assim, num conjunto de leis radicadas na história da comunidade política, de costumes, de pactos entre os diversos componentes do reino, os quais, juntos, formavam a lei fundamental.

Essa visão é compartilhada, dentre outros, por Carlos Fayt<sup>23</sup> quando diz que, no curso do século XIII, com a transformação do feudalismo militar em governo por estatutos, surge a constituição estamental do governo, informada por cartas ou pactos que representavam uma forma de contenção do poder dos príncipes.

Os dois documentos de maior repercussão consistiram na Magna Carta de 1215, imposta ao Rei João Sem Terra pelo baronato inglês, e nos foros de Aragão de 1283, cuja eficácia derivava da circunstância de se encontrarem acima da vontade régia, sendo obrigatórios para os funcionários do reino.

Nas proximidades do término da Idade Média, e primícias da Idade Moderna, constata-se a existência de leis fundamentais que, por dizerem respeito à disciplina do Estado, mais especificadamente do exercício do governo monárquico, distinguiram-se das leis circunstanciais. Alcançaram prestígio na França, onde foram invocadas para a

<sup>21</sup> **Constitución de la Antigüedad a nuestros días**. Madri: Editorial Trotta, 2007, p. 31.

<sup>22</sup> *Loc. cit.*, p. 33-38.

<sup>23</sup> **Derecho político**. 7ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1988. Tomo II, p. 10.

solução de tensões entre o Rei e o Parlamento. O mesmo aconteceu na Inglaterra, tendo sua aplicação se voltado para justificar, sob Henrique VIII, o poder real absoluto, bem como para a direção de julgamentos políticos<sup>24</sup>.

Como sintetizou García-Pelayo<sup>25</sup>, as leis fundamentais, ou leis do reino, representavam um corpo jurídico específico tanto pelo seu conteúdo, o qual se referia com exclusividade ao exercício e à transmissão da prerrogativa real, quanto pela sua natureza formal, porquanto, diversamente das demais leis, ostentavam a qualidade de imutáveis, uma vez que se encontravam a salvo de supressão e revogação pela vontade do Rei.

Outro antecedente de relevo das constituições consistiu nos *covenants*, quais sejam pactos que os puritanos celebravam com esteio no poder que os ministros do culto ostentavam sobre os seus fiéis, em face dos quais cada membro da igreja se investia em direitos e deveres para com os seus seguidores. À medida que a emigração para as terras da América do Norte se concretizava, tais pactos transmudavam o seu perfil do campo religioso para o político, servindo, a partir dos princípios que adotavam, para sedimentar as pilastras das cartas que as colônias adotaram, tais como a liberdade de expressão e a liberdade religiosa, conforme se foi possível visualizar das Cartas de Connecticut de 1639 e de Rhode Island de 1663<sup>26</sup>.

Com isso, verificou-se, pela aceitação tácita da Coroa, o estabelecimento duma forma de autogoverno nas colônias, estando presente um poder de legislar, sujeito a veto por parte do governador, bem como à possibilidade de sua invalidação pela Inglaterra, o que, na primeira metade do Século XVIII, decorria de recurso ao Parlamento londrino.

Se, por um lado, as leis fundamentais do reino, por seu conteúdo voltado a assegurar direitos e privilégios relacionados com a propriedade, bem assim regras que dispunham sobre a sucessão do trono e da organização e liberdade religiosa, ressentiam-se da garantia de direitos dos cidadãos frente ao poder político e, por isso, não poderiam ser consideradas como as primeiras constituições, com as cartas coloniais norte-americanas sucedia algo semelhante, pois, a despeito de enunciarem direitos

<sup>24</sup> Noticia García-Pelayo (**Derecho constitucional comparado**. Madri: Alianza Editorial, 1993, p. 23, nota de rodapé 10) *que tiveram seu lastro nas leis fundamentais as acusações contra o Conde de Strafford, por tentar subverter o governo dos Reinos da Inglaterra e da Irlanda, bem como as acusações imputadas, em 02 de janeiro de 1642, a cinco membros da Câmara dos Comuns e cinco da Câmara dos Lordes, adversários do partido absolutista.*

<sup>25</sup> **Derecho constitucional comparado**. Madri: Alianza Editorial, 1993, p. 24.

<sup>26</sup> Uma impressão acerca do significado desses pactos pode ser obtida de Cristiano Paixão e de Renato Bigliassi: "Aqui, na adoção de um contrato que estabelece uma comunidade, reside um importante componente do constitucionalismo moderno: a idéia de um ato que constitui os fundamentos da vida social e política. *Nota-se, na solenidade de um ato fundacional a segunda dimensão a ser explorada na presente recapitulação: a noção de autogoverno e de autonomia em relação ao poder central*". (**História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008, p. 95).

individuais, estruturavam uma comunidade sediada num território desprovido de soberania, não se podendo desconhecer que, num plano superior, situava-se o direito inglês.

Esses são, numa síntese, os motivos pelos quais o pioneirismo de uma constituição, no significado dentro do qual atualmente é concebida, é atribuído ao *Instrument of Government* (1653) promulgado na Inglaterra sob Cromwell<sup>27</sup>, o qual pôs em ação a teoria constitucional, por consistir em documento a procurar o estabelecimento duma lei suprema, situada inclusive fora do alcance do Parlamento, a limitar os poderes deste e declarar, por via de restrições expressas, os direitos reservados à nação<sup>28</sup>. Visou, assim, à instituição de um governo de leis e não de homens.

Há, no entanto, quem vislumbre o início dessa experiência na Constituição da Virgínia de 29 de junho de 1776<sup>29</sup>, exemplo seguido pelos novos Estados oriundos das ex-colônias norte-americanas, na Constituição dos Estados Unidos da América de 17 de setembro de 1787<sup>30</sup>.

A consolidação no prosclínio constitucionalista do modelo da constituição escrita, constante, na maioria das vezes, de documento único, operou-se quando ultimado o ciclo das revoluções liberais em 1789, assomando como consequência das Revoluções Americana e Francesa.

A promulgação das constituições escritas se mostrou como uma característica singular do constitucionalismo do século XVIII<sup>31</sup>, a implicar a disciplina, em moldes ju-

<sup>27</sup> Embasou tal documento, fornecendo os seus princípios básicos, o seu antecedente, qual seja o *Agreement of the people*, elaborado em 1647 pelo conselho de guerra de Cromwell, mas que, submetido à Câmara dos Comuns, não obteve aprovação.

<sup>28</sup> Dentre alguns autores que assim compreendem, alinham-se Klaus Stern (**Jurisdição constitucional y legislador**. Madri: Dykinson, 2009, p.140. Tradução de Alberto Oehling de los Reyes), Carlos Fayt (*Derecho político*. 7ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1988. Tomo II, p. 12) e Jorge de Miranda (**Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 31, nota de rodapé 32). *Trata-se, de certo modo, duma ironia o nascimento da constituição escrita ter ocorrido justamente no país que, ao desenvolver o seu modelo constitucional, inclinou-se pela constituição histórica.*

<sup>29</sup> Assim Dalmo de Abreu Dallari (**Constituição & constituinte**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 4) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (**Estado de Direito e Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79-80). *Para afirmar, este questiona a primazia temporal do Instrument of government, quer pela sua vigência efêmera, tendo em vista a restauração da monarquia inglesa em 1660, quer pela sua duvidosa eficácia como constituição, haja vista que teria lhe faltado o elemento garantista, de contenção do poder, uma vez que o período de sua vigência, coincidente com o Protetorado, foi assinalado pela ditadura de Cromwell.*

<sup>30</sup> Diversamente, a visão de José Carlos Moreira Alves (Assembleia Nacional Constituinte – Instalação. **Revista de Informação Legislativa**, ano 24, nº 93, p. 6, jan./mar. de 1987) indica o pioneirismo na Constituição norte-americana.

<sup>31</sup> Não confundir – observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho (**Estado de Direito e Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 79) – as primeiras declarações de direitos com constituições. *Aqueles documentos precediam estas, como aconteceu com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia de 12 de junho de 1776, a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 04 de julho de 1776, e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789, perante as Constituições de Virgínia, dos Estados Unidos da América e da França de 03 de setembro de 1791. As declarações de direitos, antecipando-se às constituições, presumiam os direitos naturais dos indivíduos, declarando-os, sem pretensão imperativa. A partir de determinado instante, passaram a constar*

rídicos, dos vínculos entre o Estado e cidadãos, com o propósito de delimitar o poder que, antes, apresentava-se arbitrário. Esta tendência à legalização – frisa Bartole<sup>32</sup> – procura legar estabilidade e certeza com base no documento escrito, ao mesmo tempo no qual recupera neste o suporte, a sustentação ao papel que a constituição é chamada a desenvolver enquanto lei fundamental<sup>33</sup>.

Numa tentativa de classificação, Eliseo Aja<sup>34</sup> se lançou a agrupar os tipos de constituição nos diversos períodos da história do constitucionalismo, tendo em vista as suas características predominantes<sup>35</sup>. Da empreitada resultou uma variedade de conceitos de constituição.

A primeira fase foi a das constituições liberais censitárias, das quais constituíram modelos a Constituição dos Estados Unidos de 1787 e a francesa de 03 de setembro de 1791, tendo influenciado a irrupção, na conjuntura dos movimentos liberais, de outras

---

*do texto das constituições declarações de direitos. Esse ponto distintivo não passou despercebido a Valle Labrada Rubio (Introducción a la teoría de los derechos humanos. 1ª ed. Madri: Civitas, 1998, p. 66), ao notar que, embora a constituição fosse o texto legal mais adequado para a positivação de direitos humanos, as primeiras constituições foram precedidas de declarações nacionais, como sucedeu nos Estados Unidos e França. A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, por força do Preâmbulo da Constituição francesa de 1958, constitui parte integrante desta, enunciando os chamados direitos fundamentais de primeira dimensão. Uma declaração que alcançou prestígio na historiografia constitucional foi a da Virgínia, a qual, precedentemente, sedimentou os passos para uma constituição antecedida duma declaração de direitos, consignava, dentre seus dispositivos, as seguintes afirmações: a) a origem popular do poder, sendo os governantes mandatários e servidores do povo e, por isto, perante estes responsáveis (Artigo II); b) a afirmação de que o governo deve ser instituído para o bem comum (Artigo III); c) direito de resistência à opressão (Artigo III); d) estabelecimento duma separação entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como a organização destes (Artigo V).*

<sup>32</sup> Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale. In: **Digesto delle discipline pubblicistiche**. Turim: UTET, 1995. Vol. IV, p. 290.

<sup>33</sup> O enorme êxito com que se houve a constituição escrita, como efeito dos movimentos revolucionários liberais e até os tempos atuais, é alvo de destaque por Karl Loewenstein: “Desde Europa, a Constituição escrita conduziu seu carro triunfal por todo o mundo. Durante o último século e meio se converteu no símbolo da consciência nacional e estatal, da autodeterminação e da independência. Nenhuma das nações – nas sucessivas ondas de nacionalismo que inundaram o mundo desde a Revolução francesa, libertando-se de uma dominação estrangeira – deixou, frequentemente sob graves dificuldades, de dar-se uma Constituição escrita, fixando, assim, num ato livre de criação os fundamentos para sua existência futura. A soberania popular e a Constituição escrita se converteram prática e ideologicamente em conceitos sinônimos”. “(Desde Europa, a Constituição escrita conduziu seu carro triunfal por todo o mundo. Durante o último século e meio se ha convertido en el símbolo de la conciencia nacional y estatal, de la autodeterminación y de la independencia. Ninguna de las naciones que – en las sucesivas olas de nacionalismo que han inundado el mundo desde la Revolución francesa, se han ido liberando de una dominación extranjera – ha dejado, frecuentemente bajo graves dificultades, de darse una Constitución escrita, fijando así en un acto libre de creación los fundamentos para su existencia futura. La soberania popular y la Constitución escrita se han convertido práctica e ideológicamente en conceptos sinônimos”. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1962, p. 160. Tradução de Alfredo Gallego Anabartarte).

<sup>34</sup> Introducción al concepto actual de constitución. Trata-se de prólogo de obra de Ferdinand Lassalle (**Qué es una Constitución?**. Ariel: Barcelona, 2012, p. 12-23. Tradução de Wenceslao Roces).

<sup>35</sup> Trata-se de critério salutar, pois, conforme Paulo Bonavides (Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. In: **Perspectivas constitucionais nos vinte anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 48-49. Org.: MIRANDA, Jorge), as constituições são como as dinastias, possuindo as suas linhagens, de maneira a conservar um caráter ideológico comum.

constituições, como foram as Constituições da Suécia (1809), Noruega (1814) e da Espanha (1812).

As principais características dessas constituições foram: a) supressão do poder absoluto do Rei com a sua substituição por uma divisão das funções estatais, da qual aquele participava juntamente com o Parlamento e os juízes<sup>36</sup>; b) sua constituição em alternativa pela qual se propiciava à burguesia a participação na direção política do Estado, com a limitação dos poderes régios, bem assim com o deslocamento do centro do poder da nobreza, adotando-se o sufrágio censitário, cuja titularidade se limitava a quem demonstrasse determinado nível de riquezas<sup>37</sup>; c) os direitos então proclamados se restringiam àqueles de natureza civil, encontrando-se a gravitar em torno da liberdade e da propriedade<sup>38</sup>.

Uma segunda fase é a das constituições outorgadas ou pactuadas. Ao invés do que sucedia na América do Norte, em cujo território, paulatinamente, veio se consolidando a concepção da constituição como lei suprema, no continente europeu a derrocada napoleônica tem como efeito a reação monárquica contra as ideias liberais, retornando ao solo francês a dinastia dos Bourbons<sup>39</sup>.

Tem-se uma combinação na qual as monarquias passam a tolerar algumas limitações políticas oriundas das constituições liberais, mas com a contrapartida do reconhecimento da legitimação tradicional dos reis, da magnanimidade de cuja pessoa resultam concessões graciosas ao povo<sup>40</sup>. Verifica-se, na estruturação dos poderes, uma posição reforçada do monarca frente ao Parlamento, com desdobramentos num novo

<sup>36</sup> Nesse sentido, o Título III da Constituição da Monarquia Francesa de 1791, ao dispor (art. 1º) que, embora a soberania, pertencente à nação, fosse una, indivisível, inalienável e imprescritível, dispunha competir o exercício do Poder Legislativo à Assembleia Nacional, composta de representantes temporários eleitos livremente pelo povo, com a sanção do Rei (art. 3º). A este era delegado o Poder Executivo, para, sob sua autoridade, ser exercido pelos ministros e outros agentes responsáveis (art. 4º), enquanto que o Poder Judiciário foi delegado aos juízes eleitos pelo povo (art. 5º). Previsões similares se encontravam na Constituição Política da Monarquia Espanhola (Capítulo III, arts. 14 a 17).

<sup>37</sup> A Constituição francesa de 1791 listava, como condição à cidadania ativa, o pagamento anual, em qualquer lugar do reino, de tributo direto em montante não inferior a três dias de trabalho (Capítulo I, Seção II, art. 2º).

<sup>38</sup> A Constituição da França de 1793, promulgada após a ascensão jacobina ao poder, representou exceção, consagrando direitos posteriormente ditos sociais. Nalgumas das disposições constaram referências aos seguros públicos (art. 21), à instrução (art. 22) e à garantia social (art. 23), o que não se repetiu na Constituição de 1795. A preferência à época para a garantia apenas de direitos políticos e civis – consoante explica Michel Vovelle (*A Revolução Francesa*, São Paulo: Editora UNESP, 2012, p. 69. Tradução de Mariana Echalar), *ao retratar o clima reinante na assembleia da qual resultou a Declaração de Direito de 1789 – resultou da preponderância daqueles que consideravam que a liberdade e a propriedade vêm em primeiro lugar, devendo superar os projetos nos quais a reivindicação da igualdade possa acarretar a limitação do direito de propriedade*.

<sup>39</sup> De fato, o Congresso de Viena, conferência da qual participaram as grandes potências européias, cuja ata final foi assinada em 09 de junho de 1815, antes mesmo de Waterloo, foi informado pelos princípios da legitimidade e da restauração. A Europa, em razão destes, voltou, nos planos político e territorial, à situação vivenciada antes da Revolução Francesa, propendendo pela consagração do princípio monárquico como essencial à organização política.

<sup>40</sup> De observar, como faz Dieter Grimm (*Constitucionalismo e direitos fundamentais*. Madri: Editorial Trotta, 2006, p. 133. Tradução de Raúl Sanz Burgos e de José Luis Muñoz de Baena Simon.), *que uma constituição*

arranjo entre a nobreza e a burguesia, reduzindo o espaço de poder antes conquistado por esta com a instituição de uma câmara legislativa reservada aos integrantes da primeira.

O seu exemplar mais significativo foi a Carta Constitucional de 04 de junho de 1814, promulgada por Luís XVIII, na condição de Rei de França e de Navarra<sup>41</sup>. O seu texto, apesar de iniciar por um rol curto de direitos, no qual se mantinha alguns conquistados, tais como a menção à igualdade perante as funções públicas (arts. 1 e 3), a tributação conforme a riqueza (art. 2), a liberdade individual (art. 4) e religiosa (art. 5), ressaltou a preeminência da pessoa do rei, a qual, sagrada e inviolável, era titular do Poder Executivo (art. 13). Indo além, conferiu ao monarca a qualidade de chefe supremo do Estado, comandante das forças armadas da terra e do mar, cabendo-lhe declarar guerra e fazer a paz, bem como celebrar tratados e alianças comerciais (art. 14).

Uma amostra disso ainda se evidenciava com a prerrogativa régia DA quase exclusiva da proposição das leis (art. 16), cujo texto final cabia-lhe sancionar e promulgar (art. 22), competindo, no entanto, a discussão e a votação das propostas à Câmara dos Deputados e à Câmara dos Pares (art. 17), sendo de notar que, contrariamente à primeira, que resultava de eleições, mesmo sob o voto censitário, a segunda, tida por essencial ao Poder Legislativo, era integralmente composta mediante nomeação régia (art. 27).

Esse modelo influenciou as constituições dos Países Baixos de 1815, a da Baviera de 1818, as portuguesas de 1822 e 1826, o Estatuto Real espanhol de 1834 e, no continente sul-americano, a nossa Constituição Imperial de 1824<sup>42</sup>.

---

*outorgada não decorre exclusivamente da magnanimidade do monarca, mas, igualmente, no seu íntimo, é acordada, pois somente com a aceitação popular que se faz uma verdadeira constituição.*

<sup>41</sup> Do Preâmbulo é possível extrair-se algumas passagens que procuram denotar – e bastante – que se tratava de algo que não iria além da concessão da vontade real. Ei-las:“(…) Uma carta constitucional foi solicitada pelo estado atual do reino; nós a prometemos e a publicaremos. Temos considerado que, como toda a autoridade na França reside na pessoa do rei, os seus precessores não hesitaram em modificar o seu exercício, segundo a mudança dos tempos; que foi assim que as comunas deveram sua emancipação a Luís, o Gordo, a confirmação e a extensão de seus direitos a São Luís e a Felipe, o Belo; que o poder judicial foi estabelecido e desenvolvido pelas leis de Luís XI, Henrique II e Carlos IX; finalmente, que Louis XIV disciplinou quase todos os segmentos da administração pública por vários decretos, os quais ainda não foram superados em sabedoria. (...) Por essas razões, nós, voluntariamente, e no livre exercício de nossa autoridade real, concedemos a nossos súditos, tanto para nós quanto para nossos sucessores, e sempre, a seguinte carta constitucional:”(Une charte constitutionnelle était sollicitée par l'état actuel du royaume; nous l'avons promise, et nous la publions. Nous avons considéré que, bien que l'autorité tout entière résidât en France dans la personne du roi, nos prédécesseurs n'avaient point hésité à modifier l'exercice, suivant la différence des temps; que c'est ainsi que les communes ont dû leur affranchissement à Louis le Gros, la confirmation et l'extension de leurs droits à saint Louis et à Philippe le Bel; que l'ordre judiciaire été établi et développé par les lois de Louis XI, de Henri II et de Charles IX; enfin, que Louis XIV a réglé presque toute les parties de l'administration publique par différentes ordonnances dont rien encore n'avait surpassé la sagesse. (...) À ces causes, Nous avons volontairement, et par le exercice de notre autorité royale, accordé et accordons, fait concession et octroi à nos sujets, tant pour nous que nos successeurs, et à toujours, de la charte constitutionnelle qui suit:”Texto em francês constante do livro **Les constitutions de la France de la Révolution à la IV<sup>e</sup> République**. Paris: Dalloz, 2009, p. 195).

<sup>42</sup> Isso é possível inferir-se da circunstância de que ao Imperador, além do Poder Executivo, a Constituição de 1824 lhe destinou o Poder Moderador, em razão do qual aquele nomeava todos os membros do Senado (art.

Prosseguindo, aponta o autor, como representativo de um terceiro período, demarcado entre a década de 1830 até a Primeira Guerra Mundial, um movimento inclinado à democracia e ao fortalecimento do Parlamento, a ser traduzido pelas aspirações ao sufrágio universal, ao reconhecimento de direitos políticos e sindicais, à supressão da casa legislativa aristocrática, ao questionamento das prerrogativas reais e ao aumento dos poderes parlamentares. Para tanto, foram indispensáveis movimentos políticos que tiveram o seu impulso por parte de setores operários, de artesãos e, principalmente, da burguesia.

O reflexo disso, no campo da organização jurídica estatal, consistiu em processos de reformas a textos constitucionais, como sucedeu na Suécia (reformas de 1866 e 1909) e na Noruega (reformas de 1884 e 1895), ou mediante soluções interpretativas, o que foi o caso da Grã-Bretanha e da Bélgica, cuja Constituição de 1831 facultava uma progressiva adaptação ao parlamentarismo. O mesmo aconteceu, em finais do século XIX, com a Itália, em face de interpretação evolutiva do Estatuto Albertino.

O fortalecimento da democracia parlamentar, sob o padrão republicano, foi tentado na França com a Constituição de 04 de novembro de 1848<sup>43</sup>, mas, a partir de 1852, teve sua interrupção com o advento do Segundo Império, somente sendo revigorado com a promulgação das leis constitucionais de 1875.

A quarta fase, iniciada depois da Primeira Guerra Mundial, deu lugar a constituições que, sob a aparência formal, pareciam espelhar mais ainda o revigoramento da democracia. Assim, as constituições da Alemanha (1919), da Áustria (1920), da Grécia (1925) e da Espanha (1931).

Como corolários da conversão da maior parte das monarquias em repúblicas, notam-se a previsão de preceitos que versavam sobre a expansão do sufrágio universal masculino – e, em muitos países, a conquista do sufrágio feminino –, o fortalecimento do sistema parlamentar, institutos de democracia direta, como o referendo e a iniciativa popular, a criação de tribunais constitucionais (Áustria e Espanha), bem como de novos direitos fundamentais, além dos tradicionais do liberalismo (direitos sociais).

Todavia, clima político conturbado, tendo como epicentro a necessidade duma resposta à ascensão da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas como potência industrial, acompanhada do fortalecimento de partidos operários noutros países, bem como das tensões nacionalistas, ainda não solucionadas, decorrentes da reorganização territorial no continente europeu ao depois da Primeira Guerra Mundial, desembocou

---

100, I), bem como podendo suspender os juízes (art. 100, VII). O Poder Moderador também esteve presente na Constituição portuguesa de 29 de abril de 1826, podendo-se ver que, com as devidas adaptações, o seu art. 74 consistiu em cópia do art. 100 da então vigente constituição brasileira.

<sup>43</sup> A preocupação em robustecer o Parlamento, composto por representantes eleitos, restou bem explicitada na Constituição francesa de 1848 com o seu art. 20, em face do qual o povo francês delega o desempenho da função legislativa a um órgão único (Assembleia Nacional). E mais: o sufrágio foi consagrado em sua forma direta, universal e secreta (art. 24).



no surgimento na Europa e fora desta de regimes totalitários, assinalados pela titularidade de poderes muito amplos na pessoa do Presidente da República<sup>44</sup>.

Ingressou o constitucionalismo num período de forte crise, podendo ser denominado como ome de seu ocaso, caracterizando-se por uma evidente dissociação entre a realidade e os textos constitucionais, os quais não passavam de fantasias jurídicas para manutenção dos grupos que se instalaram no poder.

Para que tal ocorresse, era decisiva a outorga ao chefe do governo de poderes muito amplos, os quais, mal exercitados, geravam o arbítrio, sendo suficiente, para tanto, lembrar a figura do legislador extraordinário, fundada no art. 48 da Constituição de Weimar de 1919<sup>45</sup>, em cujo texto facultava-se ao Presidente do *Reich* suspender

<sup>44</sup> Esses regimes totalitários mantinham algumas características identificadoras. Observando-as com foco no fascismo italiano, Luiz Vizontini lista as seguintes: a) o primado do Estado (forte e centralizado), com a negação do indivíduo como instância política; b) o primado do chefe, o qual procura legitimar a centralização numa liderança unipessoal; c) o primado do partido, vinculado às questões ideológicas, de propaganda e de mobilização popular; d) o primado da nação, a centrar-se no elemento nacionalista e patriótico, destinado a conduzir a Itália ao nível das grandes potências mundiais, com fins expansionistas e belicistas (**Segunda Guerra Mundial – Relações internacionais do século 20**. 5ª ed. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2006, p. 15-16). Prosseguindo, agrega, quanto ao nazismo, interessantes observações: “Assim, o nazismo apoiava-se em teorias nebulosas, românticas, místicas, medievais. Fazia apelo ao sentimento, à violência, e baseava-se no irracionalismo. Adotava uma postura reacionária, ao buscar no passado medieval ou ariano uma “idade de ouro perdida”. (...) É importante notar que o racismo funciona como um complemento e um impulso ao velho imperialismo alemão, justificando-o. A expansão para o leste (Polônia e URSS) não seria mais apenas uma vontade governamental, mas o destino de uma raça eleita” (loc. cit., p. 16-17).

<sup>45</sup> O instituto contou com apoio em Carl Schmitt (**Legalidade e legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 76-77. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão). No mundo dos fatos, a crise se agudizou após a nomeação de Adolf Hitler à condição de chanceler pelo Presidente Hindenburg ao final de janeiro de 1933, valendo citar que, ao depois do incêndio do edifício do Parlamento (*Reichstag*), promulgou-se, no seguinte 28 de fevereiro, decreto para defesa do povo e do Estado, na forma do art. 48 da Constituição de 1919, suspendendo-se os direitos previstos nos seus arts. 114 (liberdade pessoal), 115 (inviolabilidade domiciliar), 117 (segredo da correspondência postal, telegráfica e telefônica), 118 (liberdade de expressão e de imprensa), 123 (liberdade de reunião), 124 (liberdade de associação) e 153 (direito de propriedade). Depois das eleições de 05 de março, na qual se sobressaiu vitória do partido nazista, foram promulgados nos dias 21 e 24 de março, respectivamente, os decretos sobre a defesa do Governo e o exercício de pleno poderes, o que, na prática, assinala a suspensão do ordenamento weimariano. Outros diplomas vieram em seguida, tais como o decreto sobre o funcionalismo público (07 de abril de 1933), sobre a natureza pública das milícias do partido nazista (28 de abril de 1933), sobre a afirmação do partido nazista como único (14 de julho de 1933) e sobre a unidade entre partido e Estado (01 de dezembro de 1933), as quais precederam à cumulação, por Hitler, dos postos de chanceler e presidente, após o falecimento do Presidente Hindenburg, o que foi ratificado pelo plebiscito de 19 de agosto de 1934. Esse estado de coisa, na pena de Fulco Lanchester, foi assim visualizado: “Destes poucos elementos apresenta-se, porém, evidente como o ordenamento nazista não pôde se restringir dentro dos esquemas do Estado autoritário tradicional, mas como tendo representando algo novo, dando vida no âmbito da literatura da ciência política ao esquema do Estado totalitário, no qual vem inserido, juntamente com o italiano. Diversamente de outros ordenamentos não democráticos de massa, o nazismo e o stalinismo – por meio do partido político e da polícia política – geridos, de fato, para encapsular a sociedade civil e a sociedade política, instituíram um controle tendencialmente absoluto sobre os indivíduos e grupos, em todos os campos” (*Da questi pochi elementi appare, però, evidente come l'ordinamento nazista non possa essere ristretto all'interno degli shemi dello Stato autoritario tradizionale, ma come abbia rappresentando qualcosa di tipo nuovo, dando via nell'ambito della letteratura politologica allo schema dello Stato totalitario, in cui esso venne inserito, assieme a quello staliniano. Le costituzione tedesche da Francoforte a Bonn – introduzione e testi*. Giuffrè Editore: Milão, 2002, p. 74).

temporalmente sete direitos fundamentais<sup>46</sup>. Esses instrumentos, combinados com o clima político dominante, serviram de combustão para que eclodisse um positivismo deformado no qual a atividade legislativa, ao invés de persistir numa esfera de liberdade em favor dos cidadãos, transformou-se numa forma de opressão<sup>47</sup>.

Ultimando o ciclo, Eliseo Aja alude a uma quinta fase, iniciada a contar do término da Segunda Conflagração Mundial, e que perdura até os dias atuais. É assinalada com o reforço do princípio democrático não somente em face da soberania popular, mas, igualmente, pela projeção de novos direitos fundamentais no campo econômico-social.

Trata-se das constituições da democracia político-social, padrão que teve lugar inicialmente com as Constituições da França (1946 e 1958), da Itália (1947) e da Alemanha (1949) e que alcançou uma força expansiva em direção à quase totalidade dos sistemas jurídicos, principalmente a partir da derrocada de regimes ditatoriais no Sudoeste e Leste Europeu, na América do Sul, dentre outros.

Desses diplomas, responsáveis inclusive pelo redesenhar da concepção de constituição, cogitaremos, com maior vagar, no tópico que segue.

### 3. A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO CONSTITUCIONAL

O atual período pelo qual vem atravessando o constitucionalismo é conhecido por designações que têm a sua preferência mediante manifestações ora em textos constitucionais, ora por manifestações da doutrina. Assim é que a Constituição italiana de 1947 diz que a Itália é uma república democrática (art. 1º), tal como a Constituição da Áustria de 1920 (art. 1º), após a sua reintegração em 1945, enquanto que, também pondo em relevo o componente inerente à democracia, a Lei Fundamental de Bonn de

<sup>46</sup> No Brasil, invoque-se, quanto à Constituição de 1937, não somente as competências normativas do Presidente da República dos arts. 11 a 14, mas, sobretudo, os poderes – só por só despóticos – dos arts. 175 a 178 e 180, insertos nas Disposições Transitórias e Finais.

<sup>47</sup> A deformação positivista esteve presente tanto no totalitarismo de direita quanto no de esquerda. No primeiro, assistiu-se ao Estado de Direito que não abdicava da legalidade como noção fundamental, mas com uma particularidade: não era mais a submissão da organização política à lei, entendida como resultante da vontade geral expressada pelas votações do Parlamento. Esta cedeu espaço à aceitação da norma geral editada pelo poder estatal, mais precisamente pelo titular do Poder Executivo. A descaracterização da lei como expressão da vontade popular, bem como mecanismo de proteção dos administrados, também se fez presente nos regimes totalitários de esquerda. Nesse particular, mostra-nos Freitas do Amaral (**Curso de direito administrativo**. 2ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, maio de 2003. Vol. II, p. 47) que os regimes socialistas lançaram mão duma interpretação muito própria do princípio da legalidade, pois, a despeito de não se omitirem em sua consagração, a exigir a subordinação do governo à lei, tomaram esta em conta como um instrumento de construção do socialismo, sob a direção do partido único, o qual deveria comandar a sua interpretação e aplicação. A legalidade socialista, assim, igualmente àquela posta em prática no totalitarismo de direita, deixou de representar um limite à atuação estatal para, ao invés, configurar um instrumento para o desenvolvimento da atividade administrativa, ou seja, um instrumental do poder a serviço dos fins políticos almejados pelo governo do Estado. O modelo de controle de constitucionalidade, de natureza política, então preponderante nos países do bloco soviético bem demonstra essa realidade.

1949 afirma que a República Federal da Alemanha é um Estado federal democrático e social (art. 20). Por sua vez, a Constituição da República Portuguesa de 1976 afirma que Portugal consiste em Estado de direito democrático (art. 2º), sendo seguida pela Constituição espanhola de 1978, ao reportar-se, logo no seu art. 1º, que a Espanha se constitui em Estado social e democrático de direito. A onda chegou até aqui, tendo a nossa vigente Lei Básica, após afirmação constante de seu Preâmbulo, explicitado que a República Federativa do Brasil se encontra moldada como Estado democrático de direito (art. 1º).

A doutrina, numa respeitável parcela, inclina-se pela denominação de Estado constitucional. É a opção seguida, *verbi gratia*, por Peter Härbele<sup>48</sup>, Antonio-Enrique Pérez Luño<sup>49</sup>, Manuel García-Pelayo<sup>50</sup>, Miguel Carbonell<sup>51</sup> e Josep Aguiló Regla<sup>52</sup>, Dieter Grimm<sup>53</sup>, Gustavo Ferreira Santos<sup>54</sup>, Gustavo Zagrebelsky<sup>55</sup> e Benito Aláez Corral<sup>56</sup>.

A primeira indagação que sobrevém é a de saber se, para a configuração fática do Estado constitucional, será suficiente a sua regência por um conjunto de normas ditadas superiores e que condicionam a elaboração das demais. A resposta é, evidentemente, negativa. Não é a mera existência de um diploma normativo crismado sob o título de constituição que satisfaz a caracterização desse modelo estatal. Este se encontra vinculado a um conceito material de constituição, cuja essência radica numa determinada ordem de valores<sup>57</sup>.

<sup>48</sup> **Teoría de la constitución como ciencia da cultura**. Madri: Tecnos, 2000, p. 33. Tradução de Emilio Mikunda. A referência pelo autor à nomenclatura Estado constitucional é repetida, por várias vezes, em outra obra (**Conversas académicas com Peter Härbele**. Organizador Diogo Valadés; traduzido do espanhol por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo; Saraiva, 2009, p. 4, 14, 22, 47, 58, 70, 161, 172 e 180)

<sup>49</sup> **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002, p. 57.

<sup>50</sup> El "status" del Tribunal Constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**, vol. 1, n. 1, p. 17-19, jan./abr. de 1981.

<sup>51</sup> **Elementos de derecho constitucional**. 2ª reimpressão. México – Distrito Federal: Fontamara, 2009, p. 15-16.

<sup>52</sup> Sobre a constitución del Estado constitucional. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 24, p. 38-44, 1989. Disponível em: <http://publicaciones.ua.es>. Acesso em: 15-01-2013.

<sup>53</sup> **Constitucionalismo e direitos fundamentais**. Madri; Editorial Trotta, 2006, p. 108 e 135-136.

<sup>54</sup> **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 23.

<sup>55</sup> Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madri; Trotta, 2007, p. 92.

<sup>56</sup> **Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán em lãs encrucijadas del cambio de milênio**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. Colécción: Textos y Documentos nº 18, p. 20.

<sup>57</sup> A noção de Estado constitucional, tal como é vista, ao contrário do que pode parecer, ostenta certa antiguidade, sendo precedente à Segunda Guerra Mundial, dela já cogitando Merkl (**Teoría general del derecho administrativo**. Granada: Editorial Colmares, 2004, p. 96-97), ao sustentar, *com paralelo ao Estado de Direito, que aquele não designa todo Estado possuidor de uma constituição, porém um Estado com um constituição determinada, materialmente qualificada. O escrito recua a maio de 1927.*

Não é à toa que Härbele<sup>58</sup> enfatiza que dito arquétipo é integrado por elementos reais e ideais, estatais e sociais, quais sejam: a) a dignidade da pessoa humana como premissa derivada da cultura de todo um povo e de alguns direitos humanos universais; b) a soberania popular, compreendida como uma fórmula identificadora de uma colaboração que se renova cada vez de forma aberta e responsável; c) a Constituição como um pacto, no qual se formulam objetivos educacionais e valores de orientação possíveis e necessários; d) o princípio da divisão de poderes, tanto em sua acepção estatal mais estrita como em seu sentido plural e mais amplo; e) o Estado de direito e o Estado social de direito, encontrando-se nestes o princípio da cultura estatal aberta, bem como as garantias dos direitos fundamentais, a independência do Judiciário, elementos capazes de ensinar uma democracia constitucional louvada no pluralismo.

Observando a fórmula “Estado constitucional” como a capaz de exprimir as transformações vivenciadas recentemente pelos ordenamentos jurídicos democráticos, Antonio-Enrique Pérez Luño<sup>59</sup> se propõe à síntese de suas características, a saber: a) o deslocamento da primazia da lei em direção ao primado da constituição; b) o deslocamento da reserva da lei para a reserva da constituição; c) o deslocamento do controle jurisdicional de legalidade para o controle jurisdicional de constitucionalidade.

Ultimando com os traços da atualidade vivenciada durante o ciclo evolutivo do Estado de direito, Manuel Garcia-Pelayo<sup>60</sup> enuncia que o conceito e a prática daquele se delineia noutros termos, inicialmente devendo ser precisado de conformidade com o sistema constitucional concreto. Em segundo lugar, é uma resultante de processo que derivou da fracassada experiência com o positivismo legalista dos Estados totalitários, conectando-se agora com a ideia da Constituição como norma fundamental e da construção escalonada da ordem jurídica.

Disso se tem, de logo, a afirmação de que a constituição, na condição de norma fundamental, e positiva, apresenta-se como vinculante para a lei e para os outros atos dos poderes públicos disciplinados por aquela. A característica evidencia a essência do Estado constitucional diante do Estado legal de direito. Num segundo lugar, o autor sustém que a primazia da constituição torna-se, como ocorreria com qualquer outra, juridicamente imperfeita caso venha carecer duma garantia jurisdicional. Por essa razão, a jurisdição constitucional é a garantia institucional básica do Estado constitucional de direito.

Carbonell<sup>61</sup> não dissente das opiniões anteriores. Após frisar que, a partir do século XX, quando os poderes encarregados de elaborar as novas constituições passam

<sup>58</sup> **Teoría de la constitución como ciencia da cultura**. Madri: Tecnos, 2000, p. 33-34. Tradução de Emilio Mikunda.

<sup>59</sup> **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002, p. 60-79.

<sup>60</sup> El “status” del Tribunal Constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**, vol. 1, n. 1, p. 17-20.

<sup>61</sup> **Elementos de derecho constitucional**. 2ª reimpressão. México – Distrito Federal: Fontamara, 2009, p. 14-15.

a integrar-se democraticamente, o povo pôde materializar a qualidade de ser soberano, deixa evidente que o Estado constitucional apenas concebe uma repartição efetiva do poder, ou seja, um sistema idôneo para assegurar os espaços de liberdade reais para os particulares, obrigando a tomada de contas pelos governantes, a renovação periódica destes, a previsão de juízes independentes, a competência básica de cada órgão, os modos de criação e de renovação do direito etc. Em suma, somente há Estado constitucional quando é possível cogitar-se do controle do poder.

Por aí é possível perceber-se, sem a necessidade de maiores rebuscos, que a existência de uma constituição, seja escrita ou não, a disciplinar a vida de uma comunidade, não significa a presença de um Estado constitucional. É indispensável algo mais. A constituição, norma fundamental, há de consagrar, de forma intransigente, determinados valores que se conformem com a democracia, tais como a dignidade do ser humano e os direitos fundamentais, a soberania popular, a divisão de poderes, o compromisso com a igualdade, a justiça social etc.

Em face disso, Eusébio Fernández García, ao reportar-se ao exame do patriotismo constitucional, não identifica este à singela adesão a um texto constitucional de um país, mas precisamente a um diploma que se volte à tutela dos valores constantes de uma constituição democrática. Assim o disse numa síntese mais do que feliz: “É, pois, um patriotismo seletivo, identificado com os direitos humanos e com o Estado de Direito de tradição democrática”<sup>62</sup>.

Não se pode, assim, dizer que existe, para os propósitos do Estado constitucional, uma constituição somente pela existência de um diploma promulgado com essa denominação. Um documento que, imposto pela força, não consagre os valores democráticos, mas, em seu lugar, a arbitrariedade em favor do grupo governante, não é uma constituição, mas sim, como aponta Dallari<sup>63</sup>, uma falsa constituição.

A vivência constitucional pátria experimentou o contato com as constituições de fantasia. Uma delas – e quiçá a de maior hipocrisia – foi a Constituição de 10 de

<sup>62</sup> “Es, pues, un patriotismo selectivo, identificado con los derechos humanos y con el Estado de Derecho de tradición democrática” (Valores constitucionales y derecho. Dykinson: Madri, 2009, p. 83). Um pouco à frente, o autor, observando a experiência constitucional espanhola, visualiza o patriotismo constitucional da seguinte maneira: “Mais bem haveria que vê-lo como uma proposta, importante, pelo que tem de patriotismo e de constitucional, de possibilitar a convivência entre os espanhóis ao amparo dos valores superiores do ordenamento jurídico, isto é, a liberdade, a igualdade, a justiça, o pluralismo político, segundo reza a Constituição de 1978 no parágrafo primeiro de seu artigo primeiro” ( *Más bien habría que verlo como una propuesta, importante, por lo que tiene de patriotismo y de constitucional, de posibilitar la convivencia entre los españoles al amparo de los valores superiores del ordenamiento jurídico, esto es, la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, según reza la Constitución de 1978 en el apartado primero de su artículo primero* ) (loc. cit., p. 84).

<sup>63</sup> Com vistas a traçar uma definição jurídica de constituição que satisfizesse as exigências da atualidade, o autor, num estilo afortunado, principiou por indicar aquilo que não pode ser equiparado ao objeto a ser definido. Daí que afirmou: “Na realidade, porém, um documento que tenha a forma de Constituição, mas que pela sua origem, pelo seu conteúdo e por suas finalidades não corresponda ao que se exige das Constituições autênticas, é uma falsa Constituição” (**Constituição & constituinte**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 21).

novembro de 1937. Conforme destacamos em escrito específico<sup>64</sup>, tal carta, composta de cento e setenta e quatro artigos em sua parte permanente, com o acréscimo de outros treze em suas disposições transitórias, nada mais fez senão tornar o então Presidente da República, que a outorgou, o senhor absoluto do poder, inclusive superior ao da monarquia sob o poder moderador da Constituição de 24 de março de 1824. Empregando a técnica da permanência mediante o provisório, fechou a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, bem como as Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, restando prorrogado o mandato do então Presidente, o qual somente viria a cessar quando realizado o plebiscito previsto no seu art. 187, o que não veio acontecer. Com isso, o Chefe do Poder Executivo se transformou no legislador exclusivo – inclusive no plano do poder constituinte derivado –, assumindo, na prática, a totalidade da Administração Pública com a nomeação de interventores nos Estados.

Outra situação foi a do regime político instaurado a partir do golpe de Estado de 31 de março de 1964. Não que a Constituição de 1946, bem como as promulgadas a seguir em 15 de março de 1967 e 17 de outubro de 1969<sup>65</sup>, respectivamente, tivessem perfil acentuadamente antidemocrático, pois, muito embora o texto de tais diplomas, com algumas exceções, não consagrasse disposições que retratassem arbítrio, este se manifestava, em grande intensidade, mediante uma para-legalidade, retratada pelos atos institucionais, de feição nitidamente constituinte. O mais restritivo de direitos daqueles, pela sua vigência indeterminada no tempo, bem como pelo conteúdo de suas disposições, foi o Ato Institucional 5 de 13 de dezembro de 1968<sup>66</sup>.

Além da conformação do conteúdo dos diplomas sobranceiros a determinada pauta de valores, uma observação, colhida de Josep Aguiló, não pode passar despercebida. O autor, demais de enfatizar como traços do Estado constitucional a presença duma constituição rígida, juntamente com a previsão de dispositivos que assegurem a limitação do poder e a garantia de direitos, acrescenta que tal diploma normativo há de

<sup>64</sup> O poente do constitucionalismo brasileiro: a Constituição de 1937. In: **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: atlas, 2012, p. 398-409. BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo.

<sup>65</sup> Tratou-se, na realidade, da Emenda Constitucional 01, mas que, pela sua extensão e conteúdo, foi apontada como uma nova constituição, haja vista a ampla modificação que acarretou no texto de 1967.

<sup>66</sup> À guisa de ilustração, tem-se que constou do referido diploma a: a) possibilidade de o Presidente da República, sem a necessidade de invocação de motivo relevante para tanto, decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras Municipais, investindo-se, nessa hipótese, da competência legislativa do respectivo órgão (art. 2º); b) possibilidade do Presidente da República em decretar intervenção nos Estados e nos Municípios, sem a observância das limitações previstas na Constituição então vigente (art. 3º); c) possibilidade do Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, em suspender pelo prazo de dez anos os direitos políticos de quaisquer cidadãos, cassando-lhe mandatos eletivos que estivessem exercendo, se fose o caso (art. 4º); d) suspensão das garantias da vitaliciedade, inamovibilidade, ou estabilidade, permitindo-se ao Presidente da República, mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade, agentes públicos civis, bem como demitir, transferir para a reserva ou reformar militares e membros das polícias militares (art. 6º); e) suspensão do habeas corpus nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e a economia popular (art. 10).

ser praticado ou vivenciado. Em complemento, exige-se que a constituição formal deva ser respeitada e praticada como se contivesse o conjunto de normas fundamentais de um sistema político e jurídico. Melhor explicando, não se afigura suficiente possuir uma constituição, mas, diversamente, faz-se preciso que se viva em harmonia com a constituição<sup>67</sup>.

A exposição do autor dá margem a que se reviva a polêmica instigada por Lasalle<sup>68</sup> que, ao analisar a experiência constitucional prussiana da segunda metade do século XIX, atentou, inicialmente, para a circunstância de que os fatores reais de poder constituem a força ativa que informa todas as leis e instituições jurídicas, os quais formam a constituição real e efetiva de um Estado.

Analisando, especificadamente, a Constituição da Prússia de 06 de fevereiro de 1850, outorgada por Frederico Guilherme IV, aquele observou que, no seu art. 47, consta a menção de competir ao rei prover todos os postos no exército e na marinha, sendo complementado pelo art. 108 ao frisar que tais corporações não se encontram obrigadas a jurar pela guarda do texto constitucional. Uma vez se reconhecendo ao rei a condição de chefe supremo das forças de terra e mar, com a atribuição de prover todos os seus postos, implicando colocar os seus membros em posição de sujeição pessoal ao monarca, forçoso era de rematar que aquele reúne, por si só, tanto poder, o qual pode ser quantificado como superior em mais de dez vezes ao da nação inteira. Por isso, deixa claro que, nessas condições, enfeixava o rei a constituição efetiva da sociedade prussiana<sup>69</sup>.

Na tentativa de responder às indagações que o tema abordado lhe reservara, o autor esclareceu que uma constituição escrita é boa e duradoura quando corresponder

<sup>67</sup> Sobre a constitución del Estado constitucional. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 24, p. 38-44, 1989. Disponível em: <http://publicaciones.ua.es>. Acesso em: 15-01-2013. Destacável a seguinte passagem: “Em outras palavras, para falar de Estado constitucional tem que se ter consolidado uma prática jurídica e política que permita afirmar que, de fato, em torno à constituição formal se produziu a estabilização das condutas jurídicas e políticas da comunidade de referência, de forma que ela possa ser considerada como norma fundamental e, em consequência, harmonizar o seu papel frente aos problemas de identificação, de unidade e de continuidade do sistema jurídico-político. Quer dizer, para falar de Estado constitucional a constituição tem que ser positiva, tem que ser utilizada a partir dos parâmetros do constitucionalismo” “(En otras palabras, para hablar de Estado constitucional tiene que haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho en torno a la constitución formal se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella pueda ser considerada como norma fundamental y, en consecuencia,, jugar su papel em relación con los problemas de identificación, de unidad y de continuidad del sistema jurídico-político. Es decir, para hablar de Estado constitucional la constitución formal del constitucionalismo tiene que ser positiva, tiene que ser usada desde los parametros del constitucionalismo”. Loc. cit., p. 42).

<sup>68</sup> **Qué es una Constitución?** Barcelona: Ariel, 2012, p. 65-140. Tradução de Wenceslao Roces. Trata-se de duas conferências proferidas em abril de novembro de 1862, durante a crise política na Prússia entre o rei e o Parlamento, em face da elaboração do orçamento.

<sup>69</sup> A despeito disso, o autor não desconheceu, antes de enveredar pela parte principal de seu trabalho (loc. cit., p. 73-78), que outros segmentos, tais como a aristocracia, a alta burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e a classe obreira, representam fatores reais de poder e, portanto, constituem também fragmento da constituição.



à constituição real, radicada nos fatores reais de poder que regem no país. Do contrário, não passará duma folha de papel a sucumbir diante da realidade.

Daí se tem o que designa por pseudo-constitucionalismo, consistindo naquilo “em que o governo proclame o que não é; consiste em fazer passar por constitucional a um Estado que é, na realidade, um Estado absoluto; consiste no engano e na mentira”<sup>70</sup>.

A primazia dos fatores reais de poder sobre as prescrições constitucionais se verificou noutras várias situações posteriores, com forte inclinação a um constitucionalismo, inclusive como sucedeu durante a Alemanha nazista<sup>71</sup>, o que, posteriormente à Segunda Conflagração Mundial, fez com que fosse trazida à ribalta dos constitucionalistas a preocupação em distinguir entre as constituições formais que se cumprem ou não.

Tendo presente uma possibilidade de divórcio entre a constituição e a realidade vivenciada pelo corpo social, Karl Loewenstein<sup>72</sup> se lançou à classificação dos textos constitucionais sob o critério ontológico, verificando não somente o conteúdo de seus preceitos, mas, diferentemente, a correspondência de suas normas com a realidade do processo de poder.

Assim, num primeiro grupo estão as constituições normativas, cujas normas dominam o processo político, ou, inversamente, este se adapta àquelas, qual um terno que senta bem no corpo.

Noutro passo, vêm as constituições nominais, as quais, embora válidas, possuem comandos que não se encontram ainda adaptados à realidade. Possuem, no entanto, caráter educativo, pois acalenta propósito futuro, consistente em, mais cedo ou mais tarde, converterem-se numa constituição normativa, determinando a dinâmica do processo de poder, ao invés de estarem a esta subjugada. O terno é guardado no armário durante algum tempo e será usado quando o corpo tenha crescido.

Finalmente, cogita das constituições semânticas, voltadas para a formalização da continuidade da presente situação de poder em benefício exclusivo dos seus detentores de fato. Desvirtuam a missão original duma constituição, de sorte que, no lugar de servirem para a limitação do poder, convertem-se no instrumento para estabilizar e eternizar um determinado grupo no domínio fático da comunidade. O terno não é o que aparenta ser, mas sim um disfarce. É a falsa constituição de que já falamos. Indícios desse tipo estão naqueles textos que, por exemplo, permitem ao Presidente da República permanecer no poder indefinidamente, preveem plebiscitos manipuláveis,

<sup>70</sup> “en que el gobierno proclame lo que no es; consiste en hacer pasar por constitucional a un Estado que es, en realidad, un Estado absoluto; consiste en el engaño y la mentira” (loc. cit., p. 129).

<sup>71</sup> Conferir em Dieter Grimm (**Constitucionalismo e direitos fundamentais**. Madri; Editorial Trotta, 2006, p. 148-152. Tradução de Raúl Sanz Burgos e de José Luis Muñoz de Baena Simon) *abordagem sobre o naufrágio da constituição normativa durante o Estado de Weimar*.

<sup>72</sup> **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1962, p. 216-222. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte.



conferem ilimitadamente poder normativo ao governante, estruturam sistema eleitoral apto a garantir a permanência no poder dum mesmo grupo, etc<sup>73</sup>.

Portanto, emerge como indispensável não somente a promulgação de um texto, mas que este alcance, de fato, uma vigência real. Esta é a peculiaridade que distingue a constituição normativa.

Vários são os fatores obstativos para que as normas constitucionais sejam observadas na realidade, o que, pontualmente, pode vir a se verificar até mesmo em países que, pela sua maturidade política, tenham uma constituição normativa.

É possível listar algumas dessas razões. Uma delas – e que reside na conveniência das orientações políticas – é constatável quando as normas constitucionais se mostrem em contradição contra os objetivos específicos de um programa de governo<sup>74</sup>, muitas vezes acarretando, no cotidiano, a submissão de alguns segmentos do corpo político a quem governa<sup>75</sup>.

Outra situação é a de que as divergências partidárias, no seio do Parlamento, podem impedir ou paralisar temporariamente a aplicação de institutos previstos na Lei Maior. Foi situação vivenciada pelo constitucionalismo italiano quanto à entrada em funcionamento da Corte Constitucional prevista pela Lei Maior de 22 de dezembro de 1947 (arts. 127, 134 a 137). As divergências partidárias protraíram a edição da legislação integrativa (*Legge Costituzionale 01/1953* e *Legge 87/1953*), sem contar que, também por

<sup>73</sup> Carbonell (**Elementos de derecho constitucional**. 2ª reimpressão. México – Distrito Federal: Fontamara, 2009, p. 23) narra que, na América Latina, o conceito de constituição foi utilizado frequentemente como um fator de legitimação da ação do Estado, mesmo quando esta não teve um caráter democrático ou vinculado ao interesse geral, sendo as constituições manejadas desde o poder para prolongar as condições de predomínio político de um grupo sobre o resto da sociedade. Um dos melhores exemplos foi justamente o México. Ou seja, em tal continente houve forte influência da semântica constitucional.

<sup>74</sup> Um exemplo disso pode ser apontado durante o antecedente regime militar que, imerso na conjuntura política emergente da Guerra Fria, hostilizava qualquer comportamento que pudesse parecer “perigoso” aos olhos dos donos do poder, os quais seriam aqueles que pudessem expressar alguma inclinação socializante. Uma das matérias que atraíam aversão era a inerente à reforma agrária. O texto constitucional pretérito (art. 157, §1º, com a redação do Ato Institucional nº 9/69) continha a previsão de desapropriação-sanção de imóveis rurais, de competência exclusiva da União, com o rigor draconiano de inclusive retirar o direito à prévia indenização, o que deveria se concretizar mediante o procedimento traçado pelo Decreto-lei 554/69. A despeito disso, o governo federal não envidou os esforços condizentes a realizar a então almejada reforma agrária, sendo escassas as desapropriações da espécie. Outra hipótese, mais atual, é a inerente ao direito de greve do servidor público, consagrado pelo art. 37, VII, da Constituição vigente. Ainda não se restou aprovado pelo Congresso Nacional projeto de lei sobre sua disciplina, mesmo tramitando vários, não obstante vinte e cinco anos da promulgação daquela, conduzindo a um regramento provisório e precário por parte do Supremo Tribunal Federal, que não poderia se omitir diante da força dos fatos.

<sup>75</sup> Um recente e palmar exemplo disso foi o “caso dos vetos”, a gravitar em torno da omissão de exame pelo Congresso Nacional de mais de três mil vetos presidenciais a projetos de lei e que culminou com a negativa, em sede de agravo regimental, de liminar que, em mandado de segurança impetrado por parlamentar (STF, Pleno, mv, rel. desig. Min. Teori Zavascki, Informativo – STF 696), determinou o exame dos vetos em ordem cronológica de recebimento da respectiva comunicação, desde que estivessem com o prazo constitucional expirado. O resultado implicou por uma abdicação parcial, pelo Parlamento, da sua função legiferante.

divergência entre partidos, a indicação dos membros a que cabia ao Parlamento fez com que a primeira sessão somente se realizasse em 23 de janeiro de 1956<sup>76</sup>.

Há também as pressões sociais e econômicas, inclusive, quanto a estas, as emanadas do estrangeiro. É conhecida a insatisfação do capitalismo internacional a muitos pontos da nossa ordem econômica, tal como disciplinada pela redação originária da Lei Maior vigente. Visando reverter esse quadro, o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, para o fim de implantação de sua política neoliberal, calcada, principalmente, em modelo de privatização, fez, inicialmente, que fossem promulgadas as Emendas Constitucionais 05 a 09, alterando preceitos que, no âmbito da ordem econômica, manifestavam-se protecionistas dos interesses nacionais. Pelo menos, aqui se procurou a mudança formal do texto, ao invés simplesmente de ignorá-lo.

Contribui ainda – não se pode negar – para o enfraquecimento da aplicação das normas constitucionais a falta de um sentimento, expresso por parte da população, no sentido de valorizá-las como sendo o diploma que deverá configurar a ação da comunidade e dos órgãos estatais. Essa indiferença, resulta ora da falta de uma cultura política da população, ora de outros fatores, como a não satisfação imediata das necessidades do homem da rua, ou ainda a falta de acessibilidade ao seu entendimento, pela ausência de conhecimento especializado para tanto.

O distanciamento entre o texto constitucional e a realidade é algo possível de ser observado em vários Estados. Mesmo naqueles países onde se tem a prática da constituição normativa tal distanciamento tem acontecido, embora em algumas situações pontuais e efêmeras.

Isso não afasta a tentativa de se pretender, paulatinamente, vivenciar uma harmonia entre constituição e realidade. Em pretendendo apresentar uma contraposição a Lassalle, Hesse<sup>77</sup> esclarece que, embora ligada a determinados fatores temporais, a constituição, por força do seu colorido normativo, impõe tarefas que pretende sejam realizadas e que estão aptas para conformar a face política e social de uma comunidade.

Para tanto, papel decisivo ostenta a interpretação, a qual deverá guiar-se pela tentativa de ótima concretização da norma, não podendo, assim, restar encerrada na operação de mera subsunção às hipóteses concretas, mas, ao invés, deverá observar a norma em correlação com os fatos concretos da vida<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> Conferir, a esse respeito, a narrativa de Miguel Angel Presno Linera e Roger Campione (**Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano – Estudio de una jursidicción de la libertad**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, p. 49-64).

<sup>77</sup> **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991, p. 19-27. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. O texto expressa o conteúdo de aula inaugural proferida na Universidade de Freiburg no ano de 1959.

<sup>78</sup> A síntese do autor é de transcrição oportuna: “A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação” (*loc. cit.*, p. 22-23).

Noutro passo, tem-se como necessária a formação de uma consciência constitucional, de maneira a evitar que o seu texto não fique sempre desprezado pela realidade histórica. Aqui obtém realce a tutela não somente de liberdades políticas, tais como a liberdade de expressão e a garantia de um sistema eleitoral igualitário, mas também aquela de conteúdo social, destacando-se a educação que, na forma explicitada pela Norma Básica de 1988 (art. 205), tem como um dos seus objetivos a habilitação para o exercício da cidadania.

Papel de importância para a formação duma consciência constitucional está a necessidade de organização da sociedade para, juntamente com os poderes públicos, reivindicar a concretização de direitos reputados vitais para o ser humano.

A par disso, segue-se que o próprio texto constitucional, pelo seu conteúdo, pode colaborar para a sua própria efetividade.

Uma das maneiras pelas quais isso sucede é a de evitar a compreensão de que a constituição seja dotada de poderes milagrosos. Desse modo, para que uma constituição se pretenda aplicada, indispensável evitar que contenha preceitos cuja realização seja de todo impossível, ou que contrarie frontal e abertamente a realidade vivenciada social e economicamente por uma comunidade. A desobediência a essa regra de bom senso tem levado, inelutavelmente, ao fenómeno da “constitucionalização de frustrações”.

É de ser lembrado aqui o §3º do art. 192 da Lei Maior atual que, em sua redação original, fixava limite máximo de juros no percentual anual de doze por cento, conduzindo para a rigidez constitucional o tratamento de matéria que, por sua necessidade de rápida adaptação às crises econômicas – que, muitas vezes, podem surgir inesperadamente –, requer a flexibilidade de seu manuseio pelas autoridades monetárias dos diversos Estados. O tema nem mesmo comportaria seu tratamento exaustivo e detalhado pelo legislador. Mais apropriado se afiguraria a remissão legislativa à competência regulamentar.

Portanto, agiu corretamente o Supremo Tribunal Federal<sup>79</sup> que, mesmo diante de arquétipo semântico a permitir a sua auto-aplicabilidade, entendeu pela necessidade de lei complementar para tanto, aproveitando-se de menção no *caput* do dispositivo. Ponderou-se, no íntimo, que o reconhecimento da incidência imediata da referida norma poderia provocar desastrosos resultados no âmbito da política econômica nacional.

Igualmente, a constituição deve ser elaborada de sorte a permitir a sua adaptação à evolução dos tempos. Por isso, a redação de seus preceitos deve privilegiar a consagração genérica de princípios e valores. Há de se evitar o detalhamento exagerado dos seus preceitos, porque, nesta hipótese, não se permitirá que a atividade

<sup>79</sup> Pleno, ADI 4 – DF, mv, rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 25-06-93.

interpretativa atualize os comandos sobranceiros à realidade. Exigirá, ao contrário, a utilização assídua dos mecanismos de mudança formal.

Oportuno Zagrebelski quando diz ser uma característica não acidental das constituições a de consagrar princípios, as quais, por serem normas naturalmente abertas, permitem que sejam desenvolvidas para o futuro. Por isso, afirma: “Uma constituição que sobrevive com incessantes modificações se degrada ao nível de uma lei ordinária e a matéria constitucional se confunde com a luta política cotidiana”<sup>80</sup>.

Mais adiante, o autor lança o remate seguinte: “A lei da boa vida das constituições é o desenvolvimento na continuidade. O instrumento normal é a jurisprudência; a reforma é um instrumento excepcional”<sup>81</sup>.

#### 4. A MATÉRIA CONSTITUCIONAL

Nos dias que correm se nota uma predileção pelas definições de constituição que se aproximam duma concepção material. Demais da preocupação com o conteúdo das normas constitucionais, desperta interesse também o estabelecimento dos assuntos dos quais se devem ocupar o diploma magno.

É possível, nesse particular, que se verifiquem divergências entre os vários ordenamentos. Ivo Dantas<sup>82</sup> bem observa que, sob o prisma material, faz-se impossível estabelecer uma teoria da constituição, porquanto o seu conteúdo se apresenta variável de sociedade para sociedade, conforme os valores que cada uma põe em relevo.

Por razões de ordem histórica, a Lei Fundamental de Bonn de 1949 (arts. 18 e 21) consagra peculiar disciplina quanto à supressão dos direitos fundamentais, por enumerar os que são suscetíveis de eliminação e, mesmo assim, com a individualização dos destinatários da medida drástica, sem, no entanto, poupar a cautela de confiar tal competência ao tribunal constitucional.

<sup>80</sup> “Una constitución que sobrevive con incesantes modificaciones se degrada al nivel de una ley ordinaria y la materia constitucional se confunde con la lucha política cotidiana” (Jueces constitucionales. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Teoria del neoconstitucionalismo**. Madri; Trotta, 2007, p. 98).

<sup>81</sup> “La ley de la buena vida de las constituciones es el desarrollo en la continuidad. El instrumento normal es la jurisprudencia; la reforma es un instrumento excepcional” (*loc. cit.*, p. 99). *A preocupação com as frequentes aprovações de emendas é manifestada por Dieter Grimm (Constituição e política. Belo Horizonte; Del Rey, 2006, p. 111. Tradução de Geraldo de Carvalho) quanto à Lei Fundamental de Bonn de 1949. Critica o autor o fato de sua alteração por quarenta e cinco vezes durante meio século, o que implicou a que, dos seus cento e quarenta e seis artigos, somente oitenta e cinco, à época, ainda ostentassem seu teor originário, representando, assim, fator de debilitação da ordem constitucional.*

<sup>82</sup> **Constituição e processo**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 36. *Acerca da observação do autor é preciso notar que, muito embora, na atualidade, e principalmente em face da globalização, venha grande maioria dos ordenamentos constitucionais se parecendo uniformes quanto ao seu conteúdo, por consagrarem formalmente institutos idênticos, tais como o princípio democrático, os direitos fundamentais, a divisão de poderes, entre outros aspectos, isso está longe de significar que haja identidade ou forte semelhança no tratamento dos temas, pois este pode – e muito – variar, conforme os órgãos estatais competentes – e nestes, a jurisdição ostenta papel de destaque – venham lidar com a sua aplicação.*

De qualquer forma, a doutrina, sem propósito exaustivo, procura apontar alguns assuntos que, normalmente, são inseridos na província constitucional.

Ricardo Guastini<sup>83</sup>, após enfatizar que as normas materialmente constitucionais são as tidas por fundamentais do ordenamento jurídico visto em sua integralidade, expõe que as constituições se distinguem das outras leis justamente porque, em seu texto, inserem: a) normas que conferem direitos de liberdade aos cidadãos, disciplinando, assim, as relações destes com o poder político; b) normas dirigidas à atividade legislativa, bem como sobre a estrutura dos órgãos estatais.

Acrescenta ser comum às constituições contemporâneas a inclusão de uma multiplicidade de normas de princípios ou programáticas, as quais são de dois tipos. Uma delas são as que contêm valores e princípios que informam toda a ordem jurídica<sup>84</sup>, enquanto que outras recomendam ao legislador o desenvolvimento de programas de reforma econômica e social.

Hesse<sup>85</sup>, em atenção à sua concepção de constituição como a ordem jurídica fundamental não somente para o Estado, mas, com maior amplitude, para a comunidade, mostra que as normas daquelas podem se dirigir unicamente para a organização da vida não-estatal. Tais são as que regulam as bases da ordenação do matrimônio e da família.

Por sua vez, Dalmo de Abreu Dallari<sup>86</sup> põe sobre a constituição o desafio de controle do poder econômico, a fim de que tenhamos a construção de uma ordem social na qual todos os seres humanos sejam livres e iguais. Justifica que tal se mostra imperioso, pois a ascensão da burguesia ao domínio do poder político, propiciada pela marcha dos movimentos liberais, permitiu que aquela, igualmente, impusesse sua superioridade no campo econômico, de sorte a ostentar parcela de poder superior à ostentada pelos reis e a nobreza.

Há também quem pense que a constituição não pode ir além do tratamento da limitação do poder, precisamente quanto ao poder político. É a opinião de Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>87</sup>, para quem a introdução do econômico e social nos textos constitucionais, em acréscimo às regras de organização e limitação do poder, implica

<sup>83</sup> **Estudios de teoría constitucional**. Cidade do México: Fontamara, 2007, p. 27 e 29-30.

<sup>84</sup> No que concernem aos princípios informadores do ordenamento em sua inteireza, é de destacar que, muitas vezes, não se encontram expressos, antes resultando de atividade interpretativa.

<sup>85</sup> Conceito e peculiaridade da constituição. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 86. Tradução de versão em espanhol por Inocêncio Mártires Coelho. Foi o caso da Constituição alemã de 1919, a qual, numa manifestação de vanguarda, dispôs sobre matrimônio e maternidade (art. 119), filiação (art. 121) e juventude (art. 122).

<sup>86</sup> **Constituição & constituinte**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 99-100.

<sup>87</sup> **Estado de Direito e Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 91-92.

em regras programáticas que, revelando o idealismo da Lei Maior, vêm retratando situação de ineficácia, contribuindo para a desvalorização daquela<sup>88</sup>.

O certo é que, em muitos sistemas jurídicos, a atenção com o tratamento do econômico e social não é posta de lado, seja mediante a sua disciplina em preceitos explícitos de várias constituições, ou pela atividade interpretativa da jurisprudência<sup>89</sup>.

O fato é que as constituições, como ordem fundamental para a comunidade, não podem prescindir da evolução desta, trançando-lhe normas gerais sobre a disciplina dos pontos de preocupação acentuada que, com o passar do tempo, vão surgindo. É o aconteceu ao depois da Convenção de Estocolmo de 1973, que despertou a atenção para a tutela do meio ambiente, de modo que o assunto vem sendo disciplinado, seja com as constituições promulgadas há pouco, como é o caso daquelas de Portugal (art. 66º), Espanha (art. 45), Holanda (art. 21º), Chile (art. 19º, nº 8º), Colômbia (art. 58), Uruguai (art. 47), Hungria (art. 18), Bulgária (art. 15), Rússia (art. 42), Finlândia (art. 2º, nº 2º), ou pela reforma daquelas já existentes, tal como correu com a Lei Fundamental de Bonn (art. 20a) e da Argentina (art. 41), ambas por força de revisões sucedidas no ano de 1994. Mais recentemente, o mesmo sucedeu com a Constituição Francesa, em cujo preâmbulo é proclamada adesão aos direitos e deveres constantes da Carta do Meio Ambiente de 2004, integrando-a, assim, no chamado *bloc de constitucionalité*.

Outro aspecto que desperta atenção condiz com a maneira pela qual é exposta a disciplina da matéria tida como constitucional.

É sabido que o legislador encontra seu ponto de partida na constituição, uma vez caber a esta estabelecer os limites formais e materiais a serem respeitados pela legislação. Compete, assim, às normas constitucionais fixar não somente o modo de formação das leis, mas, igualmente, o conteúdo destas.

Sendo assim, é inegável que a constituição, dentre o seu campo de disciplina, haverá de estatuir regras gerais e diretrizes para serem observadas pelo legislador. Às normas constitucionais, magnas, ou sobranceiras, está reservado o lugar de tete de chapitre dos diversos segmentos jurídicos. De conseguinte, não devem, portanto, inserir-se em território que, por suas peculiaridades, é adequado à atividade dos poderes constituídos.

<sup>88</sup> Ao depois da Constituição de 16 de julho de 1934, a qual nos inseriu no constitucionalismo econômico social, provocando muitas alterações na legislação do direito privado, Clóvis Bevilacqua (A Constituição e o Código Civil. Disponível em: [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 14-04-2014), apesar de críticas de técnica legislativa, saudou como alvissareiro o resultado constituinte por conter elementos capazes de favorecer a marcha do povo brasileiro para onde o impelem as suas virtudes étnicas e o atraem os seus encantos da cultural moral.

<sup>89</sup> Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, louvada na cláusula do devido processo legal, a partir do decidido em *Nebbia v. New York* (291 U.S. 502) de 1934, com prosseguimento em *West Coast Hotel v. Parrish* (300 U.S. 397) compreendeu ser possível ao Estado controlar preços, bem como restringir a liberdade de contratar – que não é ilimitada – visando ao bem estar público. Referência explicativa a tais decisões consta de Christopher Wolfe (**La transformación de la interpretación constitucional**. Madrid: Civitas, 1991. p. 223-224).

Daí porque Hesse<sup>90</sup> alude ao caráter incompleto que deve permear a constituição, a qual não codifica, mas unicamente, de forma pontual e em termos gerais, dispõe aquilo que aparece como importante para uma determinada sociedade, tocando ao restante do ordenamento jurídico o detalhamento da disciplina de tais assuntos. Adianta que muitas questões, como é o caso da disciplina econômica, pode o constituinte deixar em aberto, para o fim de, a seu respeito, ensejar maior discussão, decisão e configuração pelos poderes constituídos.

À consideração de que o natural é que as normas inferiores desenvolvam os princípios estabelecidos numa norma de grau superior, Victor Nunes Leal<sup>91</sup> aponta que quanto mais importante uma norma, maior deve ser o grau de generalidade de seu texto, de maneira que a constituição, por situar-se no cume da ordem jurídica, há de ser redigida mediante normas mais concisas, de tom acentuadamente mais genérico e em menor número. Por sua vez, as leis devem se apresentar, em seu teor, mais pormenorizadas que as regras constitucionais, mas, de qualquer modo, menos minuciosas do que os regulamentos.

Nesse particular, interessante a observação de Paulo Bonavides<sup>92</sup>, ao mostrar que, ao lado das constituições concisas, enunciadoras somente de princípios gerais ou regras básicas, remetendo os pormenores ao legislador, há, cada vez num maior número, as constituições ditas prolixas. São aquelas que se ocupam de minúcias de regulamentação, que melhor cabiam em lei, conteúdos que ingressam no Texto Básico pela vontade do constituinte, com o propósito de lhe serem conferidas as vantagens da rigidez constitucional, entre as quais está a imunidade perante a legislação.

Para o autor, um exemplo alienígena de prolixidade está na Constituição da Índia de 1950, que contém quatrocentos artigos, além de vários anexos.

Interessante advertir que parcela do segmento doutrinário, na qual se inclui Inocêncio Mártires Coelho<sup>93</sup>, reputa sinônimos os textos constitucionais analíticos e prolixos. Penso diversamente. A constituição analítica deve ser vista como aquela na qual a relação legal fundamental é mais extensa, abrangendo o tratamento de grande parte de matérias que ostentam relevo para a coletividade, além do binômio original do liberalismo clássico (divisão de poderes e direitos individuais). No entanto, atua pela senda do tracejar de diretrizes ou linhas gerais dos aspectos abordados, a serem desenvolvidos e concretizados pelo legislador. Contrariamente, a compreensão da constituição

<sup>90</sup> Conceito e peculiaridade da constituição. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 88. Tradução de versão em espanhol por Inocêncio Mártires Coelho.

<sup>91</sup> Técnica legislativa. In: **Problemas de direito público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. Vol. 1, p. 10-11. Trata-se de texto escrito no ano de 1945.

<sup>92</sup> **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 73-74.

<sup>93</sup> **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16.

prolixa envolve, demais do tratamento de vários temas, o excessivo detalhamento da regulação destes.

A Constituição de 05 de outubro de 1988, seja em sua redação inicial, e cada vez mais intensamente com as modificações introduzidas nas suas sucessivas e assíduas (e, muitas vezes, canhestras) emendas, é, inegavelmente, um exemplo eloquente de uma constituição prolixa. Basta ver o regramento esmiuçado dos direitos trabalhistas no seu art. 7º, I a XXXIV, bem como a atenção dispensada à Administração Pública, incluindo o seu regime previdenciário (arts. 37 a 42). Foi-se – e muito – mais adiante do delineamento dos contornos genéricos dos assuntos versados.

Essa prática, longe de fortalecer o regramento dos assuntos minudenciados, conspira – e muito – para o enfraquecimento do prestígio do texto sobranceiro, tendo em vista que, limitando excessivamente a interpretação que dele realiza a jurisdição constitucional, faz com que perca a qualidade – essencial para toda e qualquer constituição – de acompanhar as mudanças históricas vivenciadas pela sociedade. Provoca, ao contrário, a necessidade de reprodução veloz da mudança formal de seu teor, o que é um fator enorme para o seu desgaste e desprestígio.

Nada mais evidente do que o sucedido em nossa Lei Maior, a qual, despeito da densidade substancial de sua parte dogmática, já sofreu, ao instante do perfazimento do seu primeiro lustro de vigência, oitenta e três modificações pelo poder constituinte derivado reformador.

## 5. ALGUMAS CONCLUSÕES

Ao cabo do que restou exposto, afigura-se possível sumariar alguns remates, a saber:

- a. a despeito das dificuldades encontradas na tarefa de investigação acerca do conceito de constituição, o qual está sujeito a mutações, para o fim de adaptar-se às transformações político-culturais da sociedade, tem-se, a partir do exame de múltiplas opiniões, que aquela é de ser visualizada como a lei primeira, suprema e fundamental, tendo por objeto não somente a disciplina da vida estatal, mas, igualmente, da comunidade em sua inteireza, mediante as tarefas de integração, organização e direção jurídica, com o estabelecimento dos direitos e responsabilidades dos indivíduos e grupos sociais nos campos civil, político, econômico, social e cultural;
- b. com antecedentes na Antiguidade e na Idade Média, a convicção em torno da constituição – não somente a escrita, mas preferencialmente esta foi se consolidando como resultado das revoluções liberais, podendo-se apontar cinco fases marcantes de sua evolução, principiando pelas constituições liberais censitárias, passando-se pelas ditas outorgadas ou pactuadas, por



- aquelas tendentes ao fortalecimento da democracia parlamentar, e ao surgimento de novos direitos, até aportar, cessado o segundo conflito mundial, nas constituições da democracia político-social;
- c. o ciclo de constituições atualmente vivenciado se insere nos quadrantes do Estado constitucional, cujas linhas, delimitadas pela doutrina, vão além do reclamo da existência de um documento formalmente rotulado de “constituição”, devendo, antes disso, ter em seu conteúdo a consagração de uma ordem de valores conforme a democracia e que, por isso, sublima a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais, a soberania popular, a divisão de poderes, a justiça social, dentre outros; da mesma forma, requer-se, à guisa de complemento, algo mais que a sua vigência, qual seja o fato da constituição, de fato, vir a ser respeitada e praticada no cotidiano do sistema político e social;
  - d. abstraídas as diversidades entre os vários textos constitucionais e suas realidades, não se afigura admissível perder de vista que a constituição, na qualidade de ordem fundamental da coletividade, vai, em seu conteúdo, mais longe do que a mera disciplina dos direitos de liberdade e da organização estatal, de modo a, com o correr do tempo, modelar as balizas das relações jurídicas vivenciadas no campo econômico e social, devendo, para tanto, a redação de seus textos primar pela regulação concisa e geral dos aspectos enfocados, uma vez o detalhamento excessivo dos comandos magnos conspirar em detrimento da otimização da eficácia do correspondente diploma.

## 6. REFERÊNCIAS

- AGUILÓ, Josep. Sobre a constitución del Estado constitucional. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 24, 1989. Disponível em: <<http://publicaciones.ua.es>>. Acesso em: 15-01-2013.
- ALVES, José Carlos Moreira. Assembleia Nacional Constituinte – Instalação. **Revista de Informação Legislativa**, ano 24, nº 93, jan./mar. de 1987.
- AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 2ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, maio de 2003. Vol. II.
- BARTOLE, Sergio. Costituzione (dottrine generali e diritto costituzionale). In: **Digesto delle discipline pubblicistiche**. Turim: UTET, 1995. Vol. IV.
- BEVILAQUA, Clóvis. **A Constituição e o Código Civil**. [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em: 14-04-2014.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. In: **Perspectivas constitucionais nos vinte anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. Org.: MIRANDA, Jorge.

CORAL, Aláez Corral. **Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán em las encrucijadas del cambio de milênio**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. Coléccion: Textos y Documentos nº 18.

CARBONELL, Miguel. **Elementos de derecho constitucional**. 2ª reimpressão. México – Distrito Federal: Fontamara, 2009.

DANTAS, Ivo. **Constituição e processo**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição & constituinte**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FAYT, Carlos S. **Derecho político**. 7ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1988. Tomo II.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución de la Antigüedad a nuestros días**. Madri: Editorial Trotta, 2007.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madri: Alianza Editorial, 1993.

\_\_\_\_\_. El “status” del Tribunal Constitucional. **Revista Española de Derecho Constitucional**, vol. 1, n. 1, jan./abr. de 1981.

GARCÍA, Eusebio Fernández. **Valores constitucionales y derecho**. Dykinson: Madri, 2009.

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo e direitos fundamentais**. Madri; Editorial Trotta, 2006. Tradução de Raúl Sanz Burgos e de José Luis Muñoz de Baena Simon.

\_\_\_\_\_. **Constituição e política**. Belo Horizonte; Del Rey, 2006. Tradução de Geraldo de Carvalho.

GUASTINI, Ricardo. **Estudios de teoría constitucional**. Cidade do México: Fontamara, 2007

HÄRBELE, Peter. **Teoría de la constitución como ciencia da cultura**. Madri: Tecnos, 2000. Tradução de Emilio Mikunda.

\_\_\_\_\_. **Conversas acadêmicas com Peter Härbele**. traduzido do espanhol por Carlos dos Santos Almeida. São Paulo; Saraiva, 2009. VALADÉS, Diogo (Org.).

HESSE, Konrad. Constitución y derecho constitucional. In: **Manual de derecho constitucional**. Madri: Marcial Pons, 1996. Tradução de Antonio López Pina.

HESSE, Konrad. Conceito e peculiaridade da constituição. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. Tradução de versão em espanhol por Inocêncio Mártires Coelho.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes.

LASSALE, Ferdinand. **Qué es una Constitución?** Barcelona: Ariel, 2012. Tradução de Wenceslao Roces.

LANCHESTER, Fulco. **Le costituzione tedesche da Francoforte a Bonn – introduzione e testi**. Giuffrè Editore: Milão, 2002.

LEAL, Victor Nunes. Técnica legislativa. In: **Problemas de direito público e outros problemas**. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. Vol. 1.

LINERA, Miguel Angel Presno; CAMPIONE, Roger. **Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional italiano – Estudio de una jursidicción de la libertad**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1962. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2002.

MERKL, Adolfo. **Teoria general del derecho administrativo**. Granada: Editorial Colmares, 2004.

MIRANDA, Jorge de. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O poente do constitucionalismo brasileiro: a Constituição de 1937. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (orgs.) **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 398-409.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIASI, Renato. **História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

REGLA, Josep Aguiló. Sobre a constitución del Estado constitucional. **Cuadernos de Filosofía del Derecho**. n. 24, 1989. Disponível em: <http://publicaciones.ua.es>. Acesso em: 15-01-2013.

RUBIO, Valle Labrada. **Introducción a la teoría de los derechos humanos**. 1ª ed. Madri: Civitas, 1998.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, Poder Judiciário e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**. Madri: Alianza Editorial, 1982.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão.

STERN, Klaus. **Jurisdição constitucional y legislador**. Madri: Dykinson, 2009. Tradução de Alberto Oehling de los Reyes.

VIZENTINI, Luiz. **Segunda Guerra Mundial – Relações internacionais do século 20**. 5ª ed. Porto Alegre: UFRGS Editora, 2006.

VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa**. São Paulo: Editora UNESP, 2012. Tradução de Mariana Echalar.

WOLFE, Chistopher. **La transformacón de la interpretación constitucional**. Madri: Civitas, 1991.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. 2ª ed. Madri: Editorial Trotta, 2011. Tradução e prólogo de Miguel Carbonell.

ZAGREBELKY, Gustavo. Jueces constitucionales. *In*: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Teoria del neo-constitucionalismo**. Madri; Trotta, 2007.